Heft 7 (Seite 129–192)
Berlin, 1. April 1939

9. Jahrgang

Ausgabe A
Wochenausgabe

Eingegangen
1 – APR. 1939
Dr. Wolfgang Speith
Rechtsanwalt

Deutsches Recht

vereinigt mit

Juristische Wochenschrift

Herausgeber Dr. Hans Frank

Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes

Deutscher Rechtsverlag G.m.b.H. · Berlin W 35 · Leipzig C 1 · Wien I

Versandort Leipzig

Inhaltsverzeichnis

Seite

Aufsätze

Der Frieden im böhmisch-mährischen Raum — Grundlage einer vernünftigen mitteleuropäischen Ordnung. Von Ernst Kundt 129
Bismarcks Reichsidee. Von GehR. Prof. Dr. Ernst Heymann 130
Die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung. Von AGR. Dr. Weh 132
Untreue oder unlauterer Wettbewerb? Von Dr. jur. Eberhard Fiedler 137
Mitwirkendes Verschulden von Richter und Rechtsanwalt im Grundstücksvollstreckungsrecht. Von RA. Dr. Toop 139
Aus der Praxis der Versteigerungs-Preisstopverordnung vom 6. April 1938. Von LGR. Dr. Horst Rühling 141
Mietvertrag und Hausgemeinschaft in der Rechtsprechung. Von Arnold Heining . 144
Die einkommensteuerliche Behandlung der bei Grundstücksenteignungen gewährten Entschädigungen. Von RegR. Dr. Reinhard Kapp 146
Probleme des internationalen Steuerrechts. Von Prof. Dr. Bühler 149

Rechtspolitik in der Praxis

Entlassung eines Vormundes wegen politischer Unzuverlässigkeit. Mitgeteilt vom Reichsrechtsamt der NSDAP. 154
Prozeßkostenvorschußpflicht für ausgewanderte jüdische Kläger. Mitgeteilt vom Reichsrechtsamt der NSDAP. 154
Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Auswanderung von Minderjährigen? Von OAR. Budinski 154
Die Vertretung der Deutschen Reichspost als Fiskus. Von Postrat Dr. Arthur Moser 155
Wohlanständigkeit eine rein persönliche Empfindung? Von AGR. Dr. Linkhorst 156
Bedarf der Antrag auf Eintragung des Eigentümers auf Grund eines Ausschlußurteils (§ 927 Bürgerliches Gesetzbuch) der Form des § 29 Grundbuchordnung? Von Assessor Dr. Feldmann 157

Aus Forschung und Lehre

Ein Franzose über die nationalsozialistische Rechtsauffassung. Von Arnold Heining 158

Schrifttum

Martin Jonas und Rudolf Pohle: Die Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 8. Nov. 1933. (Carl) . . . 159
Werner Spohr: Handbuch des Verwaltungszwangsverfahrens. (Reuß) 159
Ottmar Kollmann: Die Österreichische Verwaltung. (Emig) 160
Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich. (Krug) 160
Georg Volkhardt: Deutscher Gesetzesanzeiger. (D. S.) 160

Rechtsprechung

Strafrecht

Strafgesetzbuch

§§ 20 a, 42 e, 42 k, 51 StGB. Bei einem erheblich vermindert Zurechnungsfähigen, der weder heilbar noch pflegebedürftig ist, ist in der Regel nicht die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, sondern Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn auch sie zulässig ist. RG.: DRW. 1939, 161 Nr. 1

§§ 20 a, 42 e StGB. Die Möglichkeit, daß der Verurteilte als Ausländer auf Grund des Ges. über Reichsverweisungen v. 23. März 1934 von der Landesbehörde ausgewiesen werden kann, darf die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung n i c h t beeinflussen. Das Gericht hat vielmehr seine Entscheidung nur unter dem Gesichtspunkt zu treffen, ob der Verurteilte im Inland eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bildet und ob zur Beseitigung dieser Gefahr die Sicherungsverwahrung erforderlich ist. Dagegen ist es dem Ermessen der Vollstreckungsbehörde anheimgestellt, ob von der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung abgesehen werden kann, wenn der Verurteilte ausgewiesen worden ist. RG.: DRW. 1939, 161 Nr. 2

§ 175 b StGB. Zum Begriff der widernatürlichen Unzucht nach der früheren und nach der neueren Rspr. RG.: DRW. 1939, 162 Nr. 3

§§ 267, 363 StGB. Beabsichtigt der Täter bei der Fälschung eines Legitimationspapieres die allgemeinen Bedingungen für seine äußere Lebenslage im ganzen günstiger zu gestalten, ohne dabei irgendein bestimmtes fremdes Recht zu beeinträchtigen oder ein besonderes eigenes Recht zur Geltung zu bringen, so handelt er damit zum „Zwecke seines besseren Fortkommens" i. S. des § 363 StGB.

Die pfarramtliche Beurkundung der Trauung ist eine öffentliche Urkunde i. S. des Strafrechts. RG.: DRW. 1939, 162 Nr. 4

Blutschutzgesetz

§§ 2, 5 BlutschutzG. In der Regel wird das Treiben eines Exhibitionisten die Merkmale des Geschlechtsverkehrs i. S. des BlutschutzG. nicht erfüllen. Um die Handlung zum „Geschlechtsverkehr" werden zu lassen, muß noch irgendein Verhalten des einen Teils zu dem Tun des anderen hinzutreten, das eine Beziehung zwischen den Geschlechtern herstellt. RG.: DRW. 1939, 163 Nr. 5

BlutschutzG. Strafzumessung. Nach der ständigen Rspr. des RG. hat grundsätzlich der Tatrichter nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob bei einer Zuwiderhandlung gegen § 2 BlutschutzG. eine Gefängnis- oder eine Zuchthausstrafe die angemessene Sühne darstellt.

Die Nachprüfung des RevG. erstreckt sich nur darauf, ob nicht der Tatrichter sein Ermessen willkürlich ausgeübt hat oder ob er nicht bei der Strafbemessung von rechtsirrigen Erwägungen beeinflußt worden ist.

Wenn das Verhältnis mit der Jüdin bereits angebahnt war, als der Täter über seinen Irrtum im Hinblick auf ihre Rassezugehörigkeit aufgeklärt wurde, so kann das grundsätzlich für eine geringere Bewertung seiner Schuld ebensogut Anlaß geben wie eine falsche rechtliche Beurteilung der Folgen eines ihm bekannten Sachverhalts, z. B. der Taufe der Jüdin. RG.: DRW. 1939, 164 Nr. 6

Strafverfahren. Gebührenrecht

Sonderger. — Die Gebührenfestsetzung nach **§ 150 StPO.** hat auch bei den SonderGer. nach den Grundsätzen der RAGebO. zu erfolgen. Der Rechtsanwalt erhält für die Verteidigung vor dem SonderGer. die Gebühr, die ihm aus § 63 RAGebO. für die Verteidigung vor dem sonst zur Aburteilung der Straftat im einzelnen Fall berufenen ordentlichen Gericht erwachsen wäre. Sonderger.: DRW. 1939, 165 Nr. 7

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

§§ 196, 201 BGB. Unterliegt der Hauptanspruch der kurzen Verjährung, so unterliegt ihr auch der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung.

§§ 249, 286 BGB. Ob der wirtschaftliche Zusammenbruch des Gläubigers in ursächlichem Zusammenhang mit dem Verzug des Schuldners steht, hängt stets von den Umständen des Einzelfalles ab. RG.: DRW. 1939, 165 Nr. 8

§ 254 BGB.; § 1 RHaftpflG. Bei der Abwägung des eigenen Verschuldens des Fahrgasts, der von der Plattform einer Straßenbahn herabgestürzt ist, gegenüber der Betriebsgefahr der Straßenbahn ist die Tatsache, daß die Plattform offen war, nicht als ein die allgemeine Betriebsgefahr erhöhender Umstand anzusehen. Diese Tatsache ist jedoch bei der Prüfung der Frage, ob und inwieweit die Betriebsgefahr für den Unfall ursächlich gewesen ist, zu berücksichtigen. RG.: DRW. 1939, 183 Nr. 28

§§ 538, 541, 276, 278 BGB. Zur Frage, ob der Vermieter Schadensersatz leisten muß, wenn der Mieter die Räume nicht bei Vertragsbeginn beziehen kann, weil der Vormieter nicht auszieht. LG.: DRW. 1939, 167 Nr. 9

§§ 564, 565, 568 BGB. Kündigungsfrist bei Nichtausfüllung der vorgedruckten Vertragsbestimmung über Kündigungsfristen und Verlängerung des Vertrages.

Für die gesetzliche Kündigungsfrist ist es gleichgültig, ob die Parteien bei einer Mietermäßigung eine Änderung in der Art der Bemessung des Mietzinses i. S. des § 565 BGB. gewollt haben. LG.: DRW. 1939, 168 Nr. 10

§§ 823, 831 BGB. Entlastungsbeweis. Bedienstete des Fahr- und Schaffnerpersonals eines Straßenbahnunternehmens, die wegen nicht unerheblicher Verstöße gegen die Dienstanweisung und wegen sonstiger Dienst- und Verkehrsverstöße zur Verantwortung gezogen worden sind, müssen in der Folgezeit mindestens während eines angemessenen Zeitraumes schärfer beaufsichtigt werden als die übrigen Gefolgschaftsmitglieder, die treu und gewissenhaft ihre Pflicht erfüllen. KG.: DRW. 1939, 168 Nr. 11

§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine im Zeitpunkt der Klagerhebung bestehende andere Ersatzmöglichkeit schließt bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung die Ersatzpflicht auch dann aus, wenn es dem Geschädigten nicht als Verschulden anzurechnen ist, daß er von ihr nicht Gebrauch gemacht hat. RG.: DRW. 1939, 169 Nr. 12

§ 883 BGB. Ein Ankaufsrecht kann durch eine gegen den Eigentümer gerichtete Vormerkung auch dann gesichert werden, wenn das Ankaufsrecht erst nach dem Tode des Eigentümers ausgeübt werden darf. KG.: DRW. 1939, 170 Nr. 13

§§ 1191, 1192, 1147 BGB.; Deutsch-Schweiz. GoldHypAbk.; § 22 ZusAbk. Der Grundstückseigentümer ist nicht persönlich verpflichtet, Maßnahmen zur Befriedigung des Grundschuldgläubigers zu treffen. An diesem Rechtssatz ist auch durch die persönliche Verpflichtung zur Leistung von Zinsen gemäß § 22 ZusAbk. nichts geändert. OLG.: DRW. 1939, 170 Nr. 14

§ 2197 BGB.; §§ 7, 10 Ges. betr. das ehel. Güterrecht in der Prov. Westfalen v. 16. April 1860 (GS. 165). Bei „unbeerbter" Ehe kann der überlebende Ehegatte eine Testamentsvollstreckung nur bzgl. seines eigenen gütergemeinschaftlichen Anteils und bzgl. seines Erbteils an dem gütergemeinschaftlichen Anteil des erstverstorbenen Ehegatten anordnen. KG.: DRW. 1939, 171 Nr. 15

Ehegesetz

§ 37 Abs. 2 EheG. Der Sinn der neuen Bestimmung des § 37 Abs. 2 EheG. liegt darin, daß sich ein Ehegatte nicht auf einen Aufhebungsgrund soll berufen können, der im Laufe einer langjährigen Ehe seine Bedeutung verloren und in keiner Weise ungünstig auf die Gestaltung der Ehe eingewirkt hat und einwirken wird. RG.: DRW. 1939, 172 Nr. 16

§§ 37, 118 EheG.; § 54 DurchfVO. zum EheG. Die Anwendung der Sondervorschriften des EheG. für das Land Österreich sind nicht auf das Land Österreich beschränkt.

„Welt-Detektiv"
Detektei Auskunftei Preiss
BERLIN W 8b Tauentzienstraße 5
Fernruf: 24 52 55 und 24 52 56,
das vieltausendfach empfohlene, zuverlässig arbeitende Institut für private Ermittlungen, Beobachtungen, vertrauliche Auskünfte! Für Hunderte von Anwälten beschafften wir wichtiges Material für Unterhalts-, Ehescheidungs- u. a. Prozesse

Eine Ehe, die bisher österreichischem Recht unterstand, kann im Gegensatz zu den altreichlichen Ehen nach dem 1. Aug. 1938 noch mindestens ein Jahr lang wegen Irrtums über die Bedeutung der Rasseverschiedenheit aufgehoben werden.

Eine Bestätigung dieser Ehe vor Inkrafttreten des EheG. ist nicht möglich. KG.: DRW. 1939, 173 Nr. 17

§§ 49, 55, 93—95, 112 EheG.; § 606 ZPO. Die vorgebrachten Scheidungsgründe sind auch dann, wenn sie vor Inkrafttreten des EheG. liegen, stets nur nach diesem zu beurteilen.

Frühere österreichische Staatsangehörige können in Ehesachen ein Gericht des Altreichs ebenso anrufen wie Personen aus dem Altreich ein solches im Lande Österreich. § 606 Abs. 4 ZPO. kommt interlokal nicht zur Anwendung.

Die Gegnerschaft eines Ehegatten gegen die vaterländische Einsatzbereitschaft des anderen ist eine schwere Eheverfehlung.

Wird Widerspruch gegen das Scheidungsbegehren aus § 55 EheG. nicht erhoben, so ist die Ehe ohne weiteres zu scheiden. Unfreiwillige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. KG.: DRW. 1939, 174 Nr. 18

§ 55 EheG. Für die Feststellung, ob alleiniges oder überwiegendes Verschulden des einen Ehegatten i. S. des § 55 Abs. 2 S. 1 EheG. vorliegt, muß derselbe Grundsatz gelten, der in § 254 BGB. seinen Niederschlag gefunden hat, wo es auch auf eine Abwägung gegenseitigen schuldhaften Verhaltens für die daraus zu ziehenden Folgen ankommt. Für § 55 EheG. ist nur noch besonders zu beachten, daß auch Ereignisse, die keine Schuld bedeuten, einen überwiegenden ursächlichen Zusammenhang einer schuldhaften Verfehlung des Kl. mit einer eingetretenen unheilbaren Zerrüttung in Frage stellen können.

Wenn auch im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, bei einwandfreier Haltung der beklagten Partei, ernsthafter Gefährdung ihrer Existenz, im Interesse ehelicher Kinder und angesichts vorgerückten Alters der Eheleute könne eine Scheidung nicht gutgeheißen werden und es müsse der Widerspruch gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 beachtet werden, so kann der aus dieser Auffassung gezogenen Folgerung doch nicht ohne Einschränkung zugestimmt werden, weil die schweren sittlichen und einer gesunden Volkserhaltung abträglichen Schäden dabei nicht berücksichtigt sind, die sich aus einer Aufrechterhaltung inhaltlos gewordener Ehen ergeben. RG.: DRW. 1939, 174 Nr. 19

§§ 55, 49 EheG. Da das EheG. eine dem § 1567 BGB. entsprechende Bestimmung nicht kennt, kann der klagende Ehegatte die Tatsachen, auf die er gegen den beklagten Ehegatten den Vorwurf ungerechtfertigten Getrenntlebens gründet, nur zur Grundlage eines Scheidungsbegehrens aus § 49 EheG. machen. Andererseits muß der Wegfall des § 1567 BGB. aber auch zur Folge haben, daß nunmehr das unberechtigte Fernbleiben des einen Ehegatten

(Fortsetzung Seite 6)

Examenskurs

zur Vorbereitung auf die große Staatsprüfung.

Wir stellen für alle Ger.-Ref. zur Probe 32 (zweiunddreißig) Druckseiten wertvollsten Examensstoff kostenlos und unverbindlich zur Verfügung.

Verlag Carl A. H. Hartmann, Hamburg 36, Welckerstr. 3

Bad Liebenstein

heilt Herz- und Gefäßerkrankungen, Nerven, Blutarmut, Frauen-, Stoffwechselleiden, Gicht, Rheuma, Basedow. Natürliche Kohlensäure-Mineralbäder, Moorbäder. Prospekte durch die Badedirektion und Reisebüros. — Pauschalkuren.

bei Eisenach

Bis 15. Mai u. ab 1. Sept. ermäßigte Kurtaxe!

Amtstrachten

für Juristen u. Justizbeamte nach den neuen Vorschriften — Hoheitszeichen — empfiehlt zu billigen Preisen. Muster u. Preise kostenlos. Teilzahlung gestattet.

H. BECK
BERLIN SO 36
Dresdener Str. 127
(U-Bahn Kottbusser Tor).
Fernruf: 61 33 91.

DETEKTIV

desehem. russ. Kaiserhauses, sowie am engl. und dän. Hof.
Seit 1899 tätig / Hochw. Refer. / Ehrenv. Auszeichn. f. große Erfolge, selbst in schwierigsten Fällen / Große Sprachkenntnis / Garant. f. zuverläss. u. gewissenhafteste Arbeit / Keine Vorschußverpflichtung / Zeitgem. Honorar.

WOLTZ,
Kriminalbeamter a. D. (pens.) u. Sohn
BERLIN W 9
Columbushaus, Potsdamer Platz
Fernsprecher: 22 31 30
Nachtruf: 48 44 68 u. 30 70 80

Hospiz am Bhf. Friedrichstr.
Alsenstr. 8, 3 Minuten vom Bhf. Friedrichstraße. Tel.-Adr.: Fr.ebahnhospiz Berlin Telephon: 42 57 41

Berlin

Hospiz am Gendarmenmarkt
Mohrenstr. 27/28, Station d. Untergrundbahn Friedrichstadt. Tel.-Adr. Mohrenhospiz Berlin. Tel.: 166011

Hospiz am Askanischen Platz
Saarlandstraße 74, gegenüber dem Anhalter Bhf. Tel.-Adr.: Askahospiz Berlin. Tel.: 196011. Naturgarten

Stöcker-Hospiz
Saarlandstraße 59, Siebentes Haus vom Anhalter Bahnhof. Tel.-Adr. Missionshospiz Berlin. Tel. 191546

Alle Bequemlichkeiten d. Neuzeit i. d. Zimm., Ztrhz., Tel., fl. Wasser, Bäder / Sitzungsräume

Münzen
An- und Verkauf von Einzelstücken und ganzen Sammlungen.
Kostenlose Auskünfte.
Kataloge auf Wunsch gratis.
KURT SCHILD, Münzenhandlung
Berlin-Neukölln, Bergstraße 124
Ruf 62 60 44

Hotel Englischer Hof
BERLIN NW 7
Mittelstr. 9/10, Ecke Friedrichstr 89b. 2 Minuten vom Bahnhof Friedrichstr., ½ Min. v. U. d. Linden. Hotel-Klasse A, 60 Betten, jeder Komfort ab RM. 3.75, Zentrum, Direkt-Verkehr zu all. Bahnhöfen. Telegr.: „Modernhotel, Berlin".

Pension Central am Zoo, Berlin
Joachimsthaler Str. 11, Ecke Kurfürstend. Tel.: 91 55 06. Neuer Besitzer. Renoviert. Centralh., fließ. W., Tel. in jed. Zim. Lift. Ab 3 RM.

Pension Naumann
Inh. Frau verw. Rechtsanwalt Käte Burtin
BERLIN-WILMERSDORF,
Nikolsburger Platz 6/7, U.-Bhf. Hohenzollernpl., Tel.: H 7 4701 u. 4705. Fließ. Wasser u. Tel. in jedem Zimmer. Vorzügl. Verpflegung Zeitgem. Preise.

Englische
Uebersetzungen jeder Art, insbesondere juristische u. technische, 10 Jahre Praxis in Patentanwaltsbüro, 5 Jahre Ausland, 10 Jahre Uebersetzer der Handelsabteilung d. Amerikanischen Botschaft
J. Hein, Charlottenburg 19, Rönnestr. 26

Werdet Mitglied der NSV.

● **Bitte, beachten Sie die Buchanzeigen in diesem Heft!** ●

Antiquarisches Angebot:

BGB.-Kommentar der Reichsger.-Räte, 5 Bde. 1928	geb.	25.—
Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl., 7 Bde. in 12 geb.	geb.	170.—
Düringer-H., Komm. z. HGB., bisher 5 Bde. 1930/35	geb.	170.—
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 8 Bde. 1926/37	geb.	160.—
Entscheidungen des RG. in Zivilsachen, Bd. 1–150 u. Reg.	geb.	300.—
Entscheidungen des RG. in Strafsachen, Bd. 1—70 u. Reg.	geb.	170.—
Entscheidungen des Pr. Oberverwaltungsger., Bd. 1–100 (1877–1938)	geb.	320.—
Jahrbuch der Entscheidungen des KG., 53 Bde. 1881—1922	geb.	120.—
Jahrbuch in Angelegenh. d. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. 1—12, 1924–33	geb.	70.—
Reichsfinanzhofentscheidungen, Bd. 1—40 u. Reg. 1—30, 1920—1937	geb.	125.—
Rechtsprechung der LG., 46 Bde. 1900—1927	geb.	120.—
Rundschau, Zur., m. Beilage Höchstrichterl. Rechtspr., 1925–1936	geb.	170.—
Reichsgesetzblatt, 1867—1937, Teil I geb. 170.—. Teil I u. II	geb.	240.—
Reichssteuerblatt, 1925—1937	geb.	150.—
Bankarchiv, Jg. 1—36, 1901—1936	geb.	500.—
Juristische Wochenschrift, 1900—1937 geb. 140.—, Orig.-Bd.	geb.	190.—

Wir liefern auch gegen Teilzahlung.

J. Schweitzer Sortiment / Berlin W 8
Französische Straße 16 / Fernsprecher 12 11 68
Buchhandlung, Antiquariat und Mietbücherei
für Rechts-, Wirtschafts-, Steuer- u. Handelswissenschaften

Schweizerische Unfallversicherungs-Gesellschaft in Winterthur

Direktion für das Deutsche Reich
Berlin SW 68 Charlottenstraße 77

bietet an:

Vermögensschaden-Haftpflicht-Versicherungen

für

Rechtsanwälte, Notare, Beamte usw.

zu den allgemein üblichen Bedingungen und Prämien

Etwaige Vertragsrabatte werden ebenfalls gewährt!

Vahlens Kommentare

Führende Handbücher für Recht und Wirtschaft

Schlegelberger: Handelsgesetzbuch

erläut. v. **Geßler, Hefermehl, Herbig, Hildebrandt, Schröder,** Ld.- u. AG.-Räte i. RJM. „Großangelegtes Erläuterungswerk, umfassender Kommentar" (Rechtsschriftt.). „Das zur Zeit beste Hilfsmittel" (Mitt. d. Rchsgr. Ind.). „Zuverlässiger, nie versagender Berater, der zu allen Fragen mit bekannter Gründlichkeit Stellung nimmt" (Dt. J.) Umfaßt 2 Bde. Lief. 1—3 RM. 26.—. 1939 vollständig. Man verlange Prosp.

Schlegelberger-Quassowski: Aktiengesetz

3. neu bearbeitete Auflage. „Der bekannte Kommentar der Sachbearbeiter im RJM. Das Standardwerk des Aktienrechts". „Hervorragender, bewundernswerter Kommentar von unschätzbarem Wert" (Soz. Prax.). „Meisterhafte Darstellung, Übersichtlichkeit und Klarheit" (Zeitschr. d. Akad. f. D. Recht.). „Eine in jeder Hinsicht treffliche Leistung" (Dt. Just.). Erscheint demnächst, ca. 1300 S. gr. 8°, Hlbld. 55.— RM.

Flad-Borghold-Fabricius: Das gesamte Devisenrecht

2. völlig neu bearbeitete Auflage. Umfassender Handkommentar in **Loseblatt-Form** mit den neuen Bestimmungen, stets auf neuestem Stand; ausgesprochen praktisches, überall bewährtes Handbuch zur Klärung aller Devisenfragen. 2 Bde., in Lief., inkl. 2 Decken ca. 28 RM.

Stanzoni: Das großdeutsche Ehegesetz

Schon kurz nach Erscheinen ausgezeichnet beurteilter Kommentar, knapp, übersichtlich sind die Neuerungen des Ges. herausgearbeitet u. alle Bestimmungen durch klare, zuverlässige Kommentierung verständlich gemacht. „Dieser Kommentar gibt eine überraschende Fülle Gutes und Neues, er wird jedem Rechtswahrer beim Eindringen in das neue Eherecht ein zuverlässiger u. willkomm. Führer sein" (JW.). 288 S. 8°, Lein. 8.60 RM.

VERLAG FRANZ VAHLEN • BERLIN W 9

In der Guttentagschen Sammlung Deutscher Reichsgesetze sind soeben erschienen:

Fürsorge- und Versorgungsgesetz

für die ehemaligen Angehörigen der Wehrmacht und ihre Hinterbliebenen (Wehrmachtfürsorge- und -versorgungsgesetz, WFVG.) vom 26. August 1938 nebst Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit einer Einleitung und Sachregister von **Dr. Oskar Georg Fischbach,** Ministerialdirigent im Reichsfinanzministerium. 1939. Taschenformat. 612 Seiten. Geb. RM 10.50

Die Ausgabe enthält alle in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen und Vorschriften in vollständiger Sammlung übersichtlich zusammengestellt, mit einem ausführlichen Sachregister, das die rasche Orientierung über jede Frage sehr erleichtert. Den Gesetzestexten ist eine umfassende, in Inhalt und Bedeutung der neuen Bestimmungen einführende Einleitung, vorangestellt.

Eisenbahnverkehrsordnung vom 8. Sept. 1938

mit allgemeinen Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Anmerkungen. 5. Auflage. Herausgegeben von **Dr. jur. W. Weirauch,** Direktor der Deutschen Reichsbahn. Taschenformat. X, 433 Seiten. 1939. Geb. RM 8.—

Die Neufassung der am 1. Oktober 1938 in Kraft getretenen EVO. hat das deutsche Eisenbahnverkehrswesen auf eine veränderte Grundlage gestellt. Für die Praxis unentbehrlich ist eine Erläuterung der neugeordneten Materie durch berufene Sach- und Fachkenner, wie es die vorliegende Ausgabe ist, deren Bearbeiter sich bereits durch früher herausgegebene Erläuterungen zur EVO. einen Namen gemacht hat. Straffste Übersichtlichkeit des Aufbaus und Exaktheit der Erklärungen — Vorzüge, die die früheren Auflagen in der Praxis al enthalben eingeführt haben, sind wiederum Merkmale dieses Erläuterungswerkes.

Gewerbeordnung

mit Handwerks- und Einzelhandelsrecht (Aufbau des Handwerks, Einzelhandelsschutz, Heimarbeit, Jugendschutz, Gaststätten, Rechtsberatung, Versteigerer, Arbeitsvermittlung, Reisevermittlung, Schornsteinfeger, Automaten). Textausgabe mit Einleitung und Sachregister besorgt von **Dr. A. Elster.** 3. Auflage. Stand vom Ende Februar 1939. Taschenformat. 273 Seiten. Geb. RM 3.80

Durch den Erlaß des Jugendgesetzes und andere neue gesetzliche Bestimmungen hat die Gewerbeordnung zahlreiche Änderungen erfahren. Die Neuauflage berücksichtigt diese Umstände eingehend und stellt eine vollständige Sammlung aller einschlägigen Bestimmungen dar, wie sie zur Unterrichtung und Belehrung in der Praxis stets benötigt wird, besonders in Fällen, wo es sich um schnellste und zuverlässigste Feststellung des geltenden Textes handelt.

Jugendschutzgesetz

(Gesetz über Kinderarbeit und über die Arbeitszeit der Jugendlichen) nebst Ausführungsverordnung. 2. Aufl. Textausgabe mit amtlicher Begründung nebst systematischer Einleitung und ausführlichem Sachregister von **Dr. Th. Rohlfing,** Amtsgerichtsrat und Mitglied der Akademie für Deutsches Recht, Vorsitzender beim Arbeitsgericht Berlin, und **R. Schraut,** Oberregierungsrat a. D., Direktor beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Taschenformat. 152 Seiten. 1939. Geb. RM 2.—

Die kleine Ausgabe hat sich durch Zuverlässigkeit, Handlichkeit und Übersichtlichkeit in der Praxis der Betriebe ganz besonders bewährt, auch die neue Auflage, nach den neuesten Bestimmungen insbesondere der letzten Durchführungsbestimmungen ergänzt, wird, mit denselben Vorzügen ausgestattet, bei den Interessenten als unentbehrlich sich einführen.

Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit

mit sämtlichen Durchführungsbestimmungen. Textausgabe mit Einleitung, zahlreichen Verweisungen und Sachregister. Von **Dr. jur. Otto Kalkbrenner,** Ministerialrat im Reichsarbeitsministerium. Vierte Auflage. Im Anhang: Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben mit den Durchführungsbestimmungen. 144 Seiten. 1939. RM 1.80.

Die Ausgabe ist durch Aufnahme der seit Erscheinen der letzten Auflage ergangenen Neuerungen und Änderungen erweitert und enthält nunmehr alle einschlägigen Bestimmungen nach dem neuesten Stand.

Verlangen Sie unser neues Verzeichnis, das wir Ihnen gern kostenlos liefern!

Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35

Ausgabe A

Wochenausgabe

Deutsches Recht

vereinigt mit

»Juristische Wochenschrift«

Herausgegeben unter Mitarbeit der Reichsgruppenwalter des NSRB.

Richter und Staatsanwälte: Dr. Geffroy
Rechtsanwälte: Dr. Droege
Rechtspfleger: Singer
Notare: Wolpers
Verwaltungsrechtswahrer: Dr. Stuckart
Hochschullehrer: Dr. Ritterbusch
Wirtschaftsrechtswahrer: Dr. Mönckmeier
Junge Rechtswahrer: Billig

vom Reichsführer des NSRB. Dr. Hans Frank

Heft 7 | 9. Jahrgang | 1. April 1939

Der Frieden im böhmisch-mährischen Raum – Grundlage einer vernünftigen mitteleuropäischen Ordnung

Am 15. März 1939 marschierten deutsche Truppen in Prag ein. Die Standarte des Führers und Kanzlers des Dritten Reiches ging am Hradschin hoch. Adolf Hitler zog als Schirmherr der Länder der ehemaligen Wenzelskrone in die Prager Burg der böhmischen Könige und Karls IV., eines der letzten großen Kaiser des ersten deutschen Reiches ein. Auf Grund des Erlasses des Führers vom 16. März 1939 gehören von jetzt ab die Länder Böhmen und Mähren zum Gebiet des Großdeutschen Reiches und treten als „Protektorat Böhmen und Mähren" unter dessen Schutz. Am gleichen Tage hat der Führer auf die Bitte des slowakischen Ministerpräsidenten den Schutz des slowakischen Staates übernommen.

Somit erstreckt sich der Schutzbereich des Reiches auch auf einen Teil des Gebietes der ehemaligen Stephanskrone, deren Länder im Laufe der Geschichte immer wieder die Hilfe des deutschen Volkes und seiner Wehrmacht gegen asiatische Eindringlinge in Anspruch nahmen. Dies brachte in geschichtlich großen Zeiten auch eine politische Verbundenheit der Stephanskrone zur deutschen Königs- und Kaiserkrone mit sich, gleichgültig wer diese gerade trug.

Heute sind nicht mehr Kronen Symbol geschichtlicher Größe, Kraft und Weisheit, heute sind es Männer. Wohl trugen auch Männer Kronen. Heute aber gestalten Geschichte nur Männer, die ihre Kraft und Größe aus sich selbst und nicht aus dem äußeren Glanze einer priesterlich geweihten Krone schöpfen. Der richtige Mann ist in sich selbst von der Allmacht begnadet.

In dieser von Gott begnadeten Größe eines Geschichte gestaltenden Mannes zog Adolf Hitler in die Prager Burg ein. Wieviel größer er ist als alle, die vor ihm die Herrschaft über Böhmen errangen, kann nur ermessen, wer im Tempo der Gegenwartsereignisse nicht vergißt, daß erstmalig Veränderungen von geschichtlicher Bedeutung im Raume Böhmen ohne Blutvergießen vollzogen wurden. Meist waren Kämpfe in Böhmen und um Böhmen mit Kriegen verbunden, die oft jahrelang die Mitte Europas in Blut und Elend stürzten.

Hier liegt eine Tat vor, die ihr Recht in sich trägt, die alte Rechtsansprüche teils wiede. aufnimmt, teils als unzeitgemäß überwindet und neues zeitgemäßes Recht schafft: die Befriedung des böhmischen Raumes und damit die Grundlagen für eine dauernde mitteleuropäische Ordnung.

Deutsche königliche Macht war es, die aus der Kraft des ersten Reiches das Recht der böhmischen Krone schuf. Die Schwäche unköniglicher Kronenträger war es, die Recht und Macht im böhmischen Raume verlor. Die von Adolf Hitler gestaltete Macht des Dritten Reiches ist es nun, die verlorenes Recht in neuer Gestalt durch die königliche Kraft Adolf Hitlers erstehen ließ und über die Aufgaben im großdeutschen Staate hinaus nicht nur Land dem Dritten Reiche zugliederte, sondern dem Nationalsozialismus ganz neue Aufgaben stellt, die nicht kleiner, sondern größer sind als die Mission des ersten Reiches.

Möge auch der nationalsozialistische Rechtswahrer an dieser Aufgabe mit dem Führer, der sie uns stellte, wachsen, damit wir diese Mission so miterfüllen können, daß das Dritte Reich um so vieles größer werde, als der Führer im Vergleich zu den Königen und Kaisern, die jemals Prag beherrschten, durch seine Friedenstaten größer ist.

Hierbei mitzuwirken, sei der Dank aller Rechtswahrer an den Führer für dessen geschichtliche Großtat vom 15. März 1939.

Ernst Kundt

Bismarcks Reichsidee

Von Geheimrat Professor Dr. Ernst Heymann, Berlin

Am heutigen Tage kehrt Bismarcks Geburtstag zum 125. Male wieder. Das Siegesjahr 1815 hat ihn uns geschenkt. Von Sieg zu Sieg ist er unter schwersten Kämpfen gegangen, bis er vor jetzt nahezu einem halben Jahrhundert aus seinem Amte schied, um doch bis zu seinem Tode der bewunderte und geliebte geistige Hüter unseres Volkes zu bleiben. Der Führer hat vor kurzem bei seiner Reise nach Friedrichsruh und Hamburg Bismarcks gedacht und in ergreifenden Worten seine hohe Bedeutung als Heros gewürdigt — ergreifend insbesondere für diejenigen deutschen Männer, die in Bismarcks Reiche unter der Sonne des Sieges von 1870/71 aufgewachsen sind, in seinem Reiche noch gedient haben oder ihm als Studenten zujubelten und ihm willig folgten. Es mag daher gestattet sein, am heutigen Tage an dieser Stelle über Bismarcks größte Rechtstat ein kurzes Wort der Erinnerung zu sagen, über die Idee seines Reichs.

Hell strahlt für die rechtsgeschichtliche Betrachtung die Zeit des deutschen Staats und des deutschen Königtums unter den Sachsenkaisern, den Saliern und den Staufern; die Forschung hat so manche romantische Vorstellung über jene Zeit zerstört, aber um so deutlicher zeichnen sich für uns die Umrisse des grundsätzlich einheitlichen Staatsaufbaus jener Tage. Die deutsche Territorialentwicklung hat dieses Reich allmählich zerstückelt. Im Gegensatz zu Frankreich und England wurde besonders vom 13. Jahrhundert ab die Königsmacht immer schwächer, die großen Fürstenrevolutionen der Reformationszeit, des Dreißigjährigen Krieges und zuletzt der Kampf Friedrichs des Großen gegen die Reichsgewalt haben das Welken des alten Reichs herbeigeführt — bis zu Napoleons Gnadenstoß.

Aber trotzdem blieb der Gedanke an Kaiser und Reich die Sehnsucht des deutschen Volkes — er blieb es, als an Stelle des Reichs das bloß völkerrechtliche Gebilde des Deutschen Bundes über der Kleinstaaterei sich breitmachte, und als sich mit der Reichssehnsucht nach den Freiheitskriegen gleichzeitig der Kampf des liberalen Bürgertums gegen den Absolutismus verband.

Als nach dem Scheitern der bürgerlichen Reichsbestrebungen Bismarck die Verfassung des Norddeutschen Bundes und 1871 die Verfassung des Deutschen Reichs schuf, mußte er an diese alten Gedankengänge und Ideale anknüpfen. Denn sie hatten schon zur Zeit der schleswig-holsteinischen Kämpfe trotz aller inneren Gegensätze das erneute Aufsteigen Preußens mitgetragen. Aber für den königstreuen, konservativen Preußen Bismarck konnte keine Rede davon sein, daß er etwa einen demokratischen Einheitsstaat ins Leben gerufen hätte. Die Früchte demokratischer Gedankengänge hatte er in seinen Kampfzeiten hinlänglich kennengelernt. Aus den Abstimmungen der Wählermassen war die Macht Preußens gewiß nicht herausgewachsen; die selbständige Staatsgewalt der Fürsten und namentlich die des greisen Königs von Preußen war, gestützt auf die von Bismarck erkämpfte Heeresverfassung und auf die Siege Moltkes, viel zu stark, um etwa den Reichsaufbau auf einer parlamentarischen Organisation nach Art der Paulskirche zu gestatten. Das Reich mußte auf der Gesamtheit der Einzelstaaten aufgebaut werden. Wie Preußen gegen Österreich und dessen Verbündete 1866 an der Seite zahlreicher Einzelstaaten das Schwert zog, und wie es dann gegen Frankreich zusammen mit allen deutschen Staaten außer Österreich gekämpft hatte, so konnte nur ein Bundesstaat als Form des Reichs in Betracht kommen. Die durch ihre bisherige Anlehnung an Österreich in ihrer Haltung immer noch etwas gefährdeten Mittelstaaten mußten durch die große Anzahl der kleinen und kleinsten deutschen Staaten innerhalb des Reichs im Gleichgewicht gehalten werden — ein kunstvolles Werk, das dem Künstler Bismarck gelang, weil er sich dabei auf die Volksseele und ihre alte Tradition stützen konnte und schnell genug für seinen König und für sich selbst die Liebe auch der Süddeutschen erwarb. Aber ebenso selbstverständlich war, daß das starke Preußen in diesem Staatenbund die entscheidende Führung bekam, und daß damit gerade der Wirrwarr einer Vielherrschaft von Staatsoberhäuptern verhindert wurde.

So entstand Bismarcks Bundesrat, historisch genommen äußerlich eine Fortsetzung des alten Reichstags und auch wieder sogar des bisherigen Bundestags, dessen Abstimmungsverhältnisse er noch widerspiegelt — aber als Organ des neuen Bundesstaats von gänzlich anderer Auswirkung. Der Bundesrat war von seinen historischen Vorgängern vor allem durch die Stellung Preußens in ihm unterschieden: Preußen hatte den Vorsitz mit Stichentscheid in diesem Gesandten-Kongreß, es hatte das Veto in allen Heeres- und Finanzfragen, es hatte das Veto gegen Verfassungsänderungen, und der Vorsitzende war der vom preußischen König ernannte Reichskanzler. Dabei standen dem preußischen König weitgehende Kompetenzen zu, vor allem als Führer des Heeres, und zwar im Kriege ganz uneingeschränkt, ferner als Leiter der auswärtigen Angelegenheiten, als Verkünder der Reichsgesetze und als Inhaber der starken preußischen Stimmzahl im Bundesrat. Diese Kompetenzen machten ihn zum andern obersten Organ des Reichs neben dem Bundesrat, und zwar zum führenden Organ. Der einzige Reichsminister neben ihm war der Reichskanzler, der — praktisch nur ihm und nicht dem Bundesrat oder dem Parlament verantwortlich — ihn in allen Reichsfragen beriet mit Ausnahme der rein militärischen Angelegenheiten, welche nach dem Kontingentsystem der preußische Kriegsminister unter dem König durchführte. Dieser dominierenden Stellung des preußischen Königs entsprach der von ihm angenommene Kaisertitel — der Kaisertraum war in ganz anderer Weise durch Bismarck verwirklicht worden, als man sich das bisher gedacht hatte. Es sind bekannte Tatsachen; aber gerade in ihnen kommt die schlichte Genialität Bismarckscher Reichsgestaltung besonders packend zum Ausdruck. Praktisch leitete der Kaiser das Reich, und sein Berater in allen politischen Fragen war der Reichskanzler Bismarck.

Es konnte unter den damaligen Umständen aber kein Zweifel bestehen, daß diese Grundgestaltung durch eine Volksvertretung ergänzt werden mußte. Nicht nur waren die Frankfurter und andere Bestrebungen vorausgegangen, sondern fast alle Einzelstaaten hatten Volksvertretungen, und es ging nicht an, daß nur mittelbar durch diese einzelstaatlichen Parlamente die Beziehungen des Reichs zum Volke hergestellt wurden. Das wäre eine ausgesprochene Schwächung Preußens und vor allem des Reichsgedankens gewesen. Bismarck hat von vornherein schon bei der Gründung des Norddeutschen Bundes eine Volksvertretung auf Grund allgemeiner Wahlen gewünscht als Waffe im Kampfe gegen das Ausland, im Kampfe für die deutsche Einheit, als „Drohung mit letzten Mitteln im Kampfe gegen Koalitionen", darum hat er „keine Bedenken getragen, die damals stärkste der freiheitlichen Künste, das allgemeine Wahlrecht, ... mit in die Pfanne zu werfen"; „ich habe nie gezweifelt, sagt er (G. u. E. II, 58), daß das deutsche Volk, sobald es einsieht, daß das bestehende Wahlrecht eine schädliche Institution sei, stark und klug genug sein werde, sich davon freizumachen". „Übrigens halte er auch noch heute" (d. h. etwa 1892) „das allgemeine Wahlrecht nicht bloß theoretisch, sondern auch praktisch für ein berechtigtes Prinzip, sobald nur die Heimlichkeit beseitigt wird, die außerdem einen Charakter hat, der mit den besten

Eigenschaften des germanischen Blutes im Widerspruch steht." Das Geheimnis der Wahl war bekanntlich vom Norddeutschen Reichstag durchgesetzt worden. Bismarck dagegen sah in den Einflüssen und Abhängigkeiten des praktischen Lebens „gottgegebene Realitäten" und lehnte „den Glauben an die geheime Einsicht aller" als Produkt „sozialdemokratischer Rethorik" unter „Beihilfe eigener Begehrlichkeit" der Massen ab. Für Bismarck war aber der Reichstag die nationale Klammer und zugleich eine Abwehrmaßregel gegenüber unberechtigten Ansprüchen des Bürgertums angesichts der damals noch überwiegenden agrarischen Bevölkerung. Der Reichstag sollte dabei nicht parlamentarisches Regierungssystem bedeuten und hat das auch bis zum Weltkriege nicht bedeutet: Das Reich war im Grunde eine konstitutionelle Monarchie mit föderalistischem Einschlag. Erst nach dem Weltkriege vermochte der Reichstag nach vorausgegangenen Anläufen gegenüber der Reichsregierung eine selbständige Politik zu treiben und durchzusetzen. Die Vorgänge beim Abgang Ludendorffs bedeuten dabei den verhängnisvollen Höhepunkt. So lange Bismarck selbst im Amte war, hat er den Reichstag aber hinreichend zu beherrschen verstanden, und dieser blieb dabei das Band, welches die Reichsregierung mit der Nation verknüpfte, freilich seit den Kämpfen mit dem Zentrum und der Sozialdemokratie steigend in parteimäßiger Zerklüftung. Hier wie auch gegen den Partikularismus der Einzelstaaten hat Bismarck seine schwersten Kämpfe bestanden.

Das Bild der Bismarckschen Verfassungsidee würde aber unvollkommen sein, wenn man nicht des Heeres und des Beamtentums gedächte. Wenn man von den militärrechtlichen Besonderheiten für Bayern, Württemberg und Sachsen absieht, lag das gesamte Heer, für das die preußischen Einrichtungen durchgeführt waren, ganz in der Hand des Kaisers, mit der Schlüsselstellung des preußischen Kriegsministers; hier hatte auch Bismarck als Reichskanzler nur durch die Gesetzgebung und die Finanzierung einen mehr mittelbaren Einfluß, aber das Heer blieb doch sein politisches Werkzeug. Für das Beamtentum dagegen ist es von höchster Bedeutung, daß Bismarck der einzige Reichsminister war und daß er dementsprechend das Reichsbeamtentum fest in der Hand hielt. Die Staatssekretäre waren als reine Ressortchefs lediglich die Gehilfen des Reichskanzlers, obwohl sie allmählich weitgehende Vertretungsbefugnisse erhalten mußten. Praktisch und im Reich auch formal war der Kanzler als alleiniger Chef der Exekutive gedacht; das Landesbeamtentum stand wenigstens mittelbar sehr stark unter seinem Einfluß, in Preußen, soweit er Ministerpräsident war, auch rechtlich. Das deutsche Beamtentum aber bildete innerhalb der Reichsverfassung einen festen selbständigen Körper, der namentlich durch die alte preußische Tradition, die sich allmählich in den anderen Bundesstaaten aber ähnlich entwickelt hatte, durch Pflicht und Geist aufs engste mit dem Staat verbunden war, ein Körper, der sich ähnlich wie das Offizierskorps scharf von den anderen Gruppen der Bevölkerung abhob. Zur Zeit Friedrichs des Großen und seines Nachfolgers erscheint das Beamtentum als ein besonderer Stand neben Adel, Bürger und Bauer, und es hat diesen Charakter tatsächlich, wenngleich nicht rechtlich beibehalten. Es lebte in einer unbedingten Hingabe an den Staat und das Reich sein eigenes geistig-ethisches Leben, dabei keineswegs lebensfremd den Volksgenossen gegenüberstehend, sondern erfüllt von pflichtmäßiger Sorge um sie. Bismarck hat dieses kostbare Instrument in seinen Reichsorganismus eingefügt und hat trotz gelegentlichen Unmuts über die „Schreiber in den Zentralstellen" und über die „liberalen Geheimräte" stark damit gearbeitet. Er wünschte eine unbedingte, der Regierung zur Verfügung stehende Beamtenschaft, für die ihm allerdings der preußische Landrat alten Stils weit mehr als Ideal vorschwebte als der allmählich und zum Teil gerade durch ihn selbst entwickelte rein bürokratische Beamte. Er kämpfte gewissermaßen um die politische Seele der Beamtenschaft, als er den Versuch machte, den Beamten das passive Wahlrecht zu entziehen, und als er den berühmten, scharf monarchistischen Erlaß des Kaisers von 1882 gegenzeichnete, wonach der sog. unpolitische Beamte sich jeder Agitation gegen die Regierung zu enthalten habe, der politische aber die Bestrebungen der Regierung, namentlich bei den Wahlen, zu fördern hatte. Er konnte nicht hindern, daß Parteimeinungen in das Beamtentum eindrangen, und noch weniger, daß liberale Ideen im höheren Beamtentum namentlich in den Berliner Zentralbehörden sich ausbreiteten, wie ja schon das Beamtentum vor der Reorganisation Steins und Hardenbergs die damaligen liberalen Ideen in sich aufgenommen hatte. Aber trotzdem war die gesamte Beamtenschaft entschieden national, sie war, abgesehen vielleicht von einem Teil der Richter, politisch rechtsstehend und gerade durch Bismarck auch von sozialem Verständnis erfüllt. Vor allem blieb der Grundstock unbedingter Treue gegen Staat und Regierung in diesem Körper bewahrt und hat sich noch lange nach Bismarck und nicht zum mindesten infolge seines nicht gerade zarten Erziehungswerks erhalten. Freilich hat sein Postulat der unbedingten Fügsamkeit bisweilen auch die alte mannhafte Selbständigkeit des Beamten gegenüber dem Vorgesetzten schädlich geschwächt. Wie dem auch sei, ohne den preußisch-deutschen Beamtenapparat wäre Bismarck die Durchführung seiner Reichsverfassung mit ihrem monarchischen Grundcharakter unmöglich gewesen. Noch immer wirkten die politischen im stillen abgegebenen Gutachten der hohen Beamten mehr als allgemeine politische Reden in den Parlamenten. Nichts aber lag Bismarck ferner als der Gedanke etwa an ein aus dem Parlament herauswachsendes Beamtentum oder etwa gar an eine Mitverwaltung durch Parlamentskommissionen nach englischem Muster.

Genug! Es ist nicht möglich, diese Dinge hier irgendwie zu erschöpfen; Historiker und Juristen haben bis in die neueste Zeit gewetteifert, die Bedeutung und Entstehung der Reichsverfassung darzustellen und zu würdigen; die Werke von Sybel, Meinecke, Marcks, Srbik, Triepel und vielen anderen hervorragenden Autoren bieten reichste Erkenntnis.

Als Bismarck 1890 vom Amte zurücktrat, hatte seine Verfassungsidee sich fast ein Vierteljahrhundert bewährt. Innerlich unverändert war sie freilich nicht. Der Reichstag erwies sich als schwierigster Faktor, das allgemeine geheime Wahlrecht begann sich schon zu Bismarcks Zeit zu rächen, und es fehlte innerhalb der rechtsstehenden Parteien an selbständigen Politikern, weil die rein konstitutionelle Stellung des Reichstages eine ausreichende Rekrutierung verhindert hatte. In der Folgezeit stieg das dann an. Zudem konnte der Wunsch mancher Kreise, daß der junge Kaiser „sein eigener Kanzler" sein sollte, in dem von Bismarck geschaffenen feinen Uhrwerk nur Schaden anrichten. Dieser Gedanke mußte das Verhältnis zu den verbündeten Regierungen stören und auch den wohlüberlegten Ausgleich zwischen Zivil- und Militärgewalt. Weiterhin aber konnten bekanntlich die folgenden Reichskanzler nicht die alles beherrschende Persönlichkeit des ersten Kanzlers ersetzen, und hinwiederum ließ sich ein Ministerkollegium in den Bismarckschen Organismus nicht einfügen. Trotzdem hat die Bismarcksche Verfassung bis zum Beginn des großen Krieges gehalten. Während des Krieges aber verfiel sie sichtlich und zerschellte 1918 jämmerlich. Die Ablösung durch einen zügellosen Parlamentarismus war die zwangsläufige Folge. Mit Mühe war der Kommunismus zunächst verhindert worden.

Heute ist vieles, was Bismarck in seiner Zeit unmöglich leisten konnte, im Deutschen Reich glücklich vollendet: eine einheitliche Zentralgewalt in völliger Überwindung des schädlichen Föderalismus, eine einheitliche, dem Kontingentwesen entwachsene Wehrmacht, die Zurückdrängung des Wahlrechts, die Einverleibung Österreichs und des

Sudetenlandes, um nur dieses alles zu erwähnen. Dazu kommt jetzt eben die Einverleibung Böhmens, des jahrhundertelangen Gefahrenzentrums für Deutschland, — das greift freilich weit über Bismarcks damalige Pläne und über die kühnsten Hoffnungen hinaus. Aber im Ganzen knüpft unsere heutige Verfassung an Gedanken an, die Bismarck zu verwirklichen strebte. Bismarck ist nicht nur die einmalige große Erscheinung der Vergangenheit und der Wiederbegründer eines nationalen Reichs, sondern er hat, wie der Führer in seiner Bismarckrede sagt, „die Voraussetzungen gegeben für die Errichtung des heutigen Großdeutschland; er hat aber damit trotz aller Hemmungen auch den Grundstein gelegt für den nationalsozialistischen Einheitsstaat; denn er schuf den Anfang der dann zwangsläufigen Überwindung der psychologischen Stammes- und Ländervorurteile und Interessen". So lebt die Idee seiner Reichsverfassung, wenn auch in äußerlich veränderter Gestalt, unter uns fort.

Die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung

Von Amtsgerichtsrat Dr. Weh, Berlin

I.

Die Zulässigkeit von Klagen auf positive oder negative Feststellung der blutsmäßigen Abstammung im Bereich des Unehelichenrechts[1]) muß seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts v. 14. Okt. 1937, IV 92/37 (JW. 1938, 245[19] = AkadZ. 1937, 724) für das praktische Rechtsleben als geklärt angesehen werden. Das Urteil billigt die Ansicht, daß auch die blutsmäßige Abstammung — im Gegensatz also zu dem „Eltern- oder Kindesverhältnis" (§ 640 ZPO.) oder der „unehelichen Vaterschaft" (§ 644 ZPO.), die schon bisher als „Rechtsverhältnisse" gewertet wurden — ein Rechtsverhältnis darstelle. Wenn auch das RG. seine Entscheidung als eine „Notlösung" bezeichnet hat, so muß die Praxis dem höchsten Gerichtshof doch dafür dankbar sein, daß er alle entgegenstehenden formalen Bedenken und sachlichen Schwierigkeiten überwunden hat, um, wie es in den Gründen heißt, „im Interesse des unehelichen Kindes eine Lücke auszufüllen". Die Entscheidung des RG. hat freilich trotz des darin bekundeten Willens zur Tat nur einen teilweisen Fortschritt gebracht. In dem Urteil wird zwar die blutsmäßige Abstammung als ein Rechtsverhältnis, auf dessen Bestehen oder Nichtbestehen geklagt werden kann, anerkannt (a. M. Jonas, 16. Aufl., § 256 Anm. II 1 b; § 644 Anm. 1), gleichzeitig aber wird die entsprechende Feststellungsklage dem Verhandlungsgrundsatz unterstellt (§ 256 ZPO.; insoweit stimmt auch Jonas § 644 Anm. II 4 zu). Das RG. war sich bewußt, daß es damit die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung einem Verfahren anvertraute, dem große Mängel und Unzulänglichkeiten anhaften. Es räumt ausdrücklich ein, daß in einer Reihe von Fällen das Urteil, namentlich wenn es auf Grund der Säumnis oder eines Anerkenntnisses des Beklagten ergangen ist, „sicherlich nicht ohne weiteres als schätzenswertes Material bei der Prüfung der arischen Abstammung" angesehen werden könne. Es hielt aber die einschlägigen Bestimmungen der ZPO. (§§ 640—644) für ein unübersteigbares Hindernis, auch die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung in einem Offizialverfahren entsprechend den §§ 640—643 ZPO. treffen zu lassen.

II.

Schon bei Bekanntwerden des Urteils ist der Ablehnung des Offizialverfahrens widersprochen worden (vgl. Bernhardt: AkadZ. 1937, 726 f., Bemerkung). In der Tat scheint der Gesichtspunkt, den das RG. hervorhebt, nicht durchschlagend. Es meint, „die Anwendung prozessualer Vorschriften auf einen Fall, für den sie nicht vorgesehen sind", sei „nicht angängig". Wenn man hierin auch nicht mit Bernhardt „einen gefährlichen Ausspruch, der schnellstens korrigiert werden sollte", zu erblicken braucht (gegen Bernhardt insoweit vor allem Roquette: JW. 1938, 248), so mutet doch in diesem Zusammenhang der Umstand, daß das RG. seine eigene Entscheidung als Notlösung bezeichnet hat, etwas merkwürdig an. Wäre die „blutsmäßige Abstammung" zweifelsfrei ein bürgerlich-rechtliches Rechtsverhältnis (§ 256 ZPO.), so bedeutete es doch jedenfalls kein Problem, die Klage auf Feststellung dieses Rechtsverhältnisses höchstrichterlich zuzulassen. Für die Vertreter der Gegenmeinung aber, die in der blutsmäßigen Abstammung nur eine biologische Tatsache erblicken (z. B. Jonas a. a. O.; Fischer: JW. 1936, 238; Roquette: JW. 1936, 238 und noch JW. 1938, 247 ff., Anmerkung; OLG. München: AkadZ. 1937, 217; auch noch KG.: JW. 1938, 2290[29]), muß die Meinung des RG. letzten Endes gerade darauf hinauslaufen, daß „prozessuale Vorschriften auf einen Fall, für den sie nicht gegeben sind", angewendet werden. Unter welchen rechtlichen Konstruktionen dieses — vordem in der Regel nicht erreichbare — Ergebnis erzielt worden ist, kommt hierbei nicht ausschlaggebend in Betracht.

Die Meinung von der Unanwendbarkeit der Grundsätze des Offizialverfahrens auf die Behandlung der Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung ist in der Rechtsprechung seit der Entscheidung des RG. herrschend geworden (vgl. OLG. Breslau, Urt. v. 17. Febr. 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1063; OLG. Stettin, Urt. v. 24. Febr. 1938: JW. 1938, 1915[65]; Urt. v. 24. März 1938: JW. 1938, 1914[64]; OLG. München, Urt. v. 11. Aug. 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1307).

Auch das Schrifttum schließt sich ihr fast durchweg an (vgl. Baumbach, „ZPO.", 14. Aufl., § 644 Erl. 1; Roquette: JW. 1938, 247 f., Anm.; Junker: JW. 1938, 1224 ff. [1226]; Peter: JW. 1938, 1293; Günther: JW. 1938, 1699 ff., B I; Palandt, „BGB." § 1705 Anm. 1, § 1717 Anm. 1).

Immerhin fehlt es aber nicht an Stimmen[2]), die sich für die Anwendung der Grundsätze des Offizialverfahrens

[1]) Die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung im Bereich der ehelichen Abstammung können hier außer Betracht bleiben. Günther hat in seiner Abhandlung „Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle" (JW. 1938, 1699 ff.) bei Untersuchung der einzelnen in Betracht kommenden Fälle m. E. überzeugend nachgewiesen, daß im Bereich der ehelichen Abstammung die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. April 1938 (RGBl. I, 380) wegen der dort getroffenen Neuregelung des Anfechtungsrechtes auf ganz wenige Ausnahmefälle eingeschränkt worden sind (a. a. O. S. 1701, B III; s. hierzu auch OLG. Kiel, Beschl. v. 25. Aug. 1938: DJ. 1938, 1755). Nach Palandt („BGB.", Ziff. 2 vor § 1591) ist für die Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung überhaupt erst Raum, wenn die Ehelichkeit angefochten ist.

[2]) Auf die Abhandlungen und gerichtlichen Entscheidungen, in denen schon vor dem Urteil des RG. v. 14. Okt. 1937 in überaus verdienstvoller Weise für das Verfahren auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung die entspr. Anwendung der §§ 640 ff. ZPO. gefordert worden ist, kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht eingegangen werden.

einsetzen. Auf die Stellungnahme von Bernhardt (AkadZ. 1937, 726 f., Bem.; JW. 1938, 968, Anm.) ist schon verwiesen worden. Zu erwähnen sind ferner die eingehenden Darlegungen von Buchholz (JW. 1937, 2745 ff., VI), die überzeugenden Ausführungen von Nebesky (DRpfl. 1938, 266 ff., II d) und die Vorschläge, die Hahn (JW. 1938, 2714 f.) de lege ferenda begründet.

Aus der Rechtsprechung ist der Beschluß des OLG. Celle v. 18. Jan. 1938 (JW. 1938, 267[30]) zu erwähnen. Der Senat betrachtet es als „in keiner Weise" vereinbar mit den „geläuterten Vorstellungen vom Wesen des Blutes und der Rasse, daß Prozesse über die Abstammung nach wie vor der uneingeschränkten Herrschaft der Parteien, insbesondere auch den gewöhnlichen Vorschriften über die Wirkung eines Geständnisses, des Anerkenntnisses usw. unterliegen sollen". Er sucht diesem unbefriedigenden Ergebnis durch erhebliche praktische Durchbrechungen des Grundsatzes des Parteibetriebs zu entgehen, was zu einer bedeutsamen Annäherung an die Forderung des Offizialverfahrens führt. Auch de iure bekennt sich zu den Grundsätzen des Offizialverfahrens das OLG. Düsseldorf in seinem Urt. v. 27. Okt. 1938 (JW. 1938, 3308[21]), in dem es zum Ausdruck bringt, es entspreche „den heutigen Auffassungen, das Verfahren betreffend die biologische Abstammung der Parteiherrschaft zu entziehen und entsprechend §§ 640, 617 ZPO. ein Anerkenntnisurteil nicht zuzulassen". Ähnlich das OLG. Bamberg, das in dem soeben erst bekanntgewordenen Beschluß v. 19. Jan. 1939 (JW. 1939, 653[52]) für den Rechtsstreit zur Feststellung der blutsmäßigen Abstammung die entsprechende Anwendung des § 640 ZPO. fordert.

III.

In der Tat ermöglichen die reichsgerichtlichen Grundsätze weder einheitliche Folgerungen noch solche Entscheidungen, die dem vorhandenen Rechtsbedürfnis genügen.

1. So werden beispielsweise gerade deshalb, weil die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung nach dem Verhandlungsgrundsatz durchgeführt werden sollen, die Fälle ihrer Zulässigkeit erheblich eingeschränkt.

a) Anzuführen ist hier etwa das Urteil des OLG. Breslau (HöchstRRspr. 1938 Nr. 1063), das bei der Klage des Zahlvaters auf Feststellung, daß das uneheliche Kind blutsmäßig nicht von ihm stamme, das rechtliche Interesse zusätzlich mit der Begründung verneint, daß die Klage eine „Statusklage" sei, „für die gem. § 644 ZPO. die §§ 640 bis 643 ZPO. nicht gelten". Ein in einem Verfahren mit Parteibetrieb „zustande gekommenes Urteil" habe „begreiflicherweise nur einen derartig bedingten Wert, daß das rechtliche Interesse an einer solchen Entscheidung auch aus diesen Gründen zu verneinen" sei. Die in dem Urteil des RG. v. 14. Okt. 1937 festgestellten Grundsätze trügen betonten Ausnahmecharakter; das rechtfertige „ihre Beschränkung auf den Fall, für den sie aufgestellt sind".

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß diese Beweisführung sich in einem bedenklichen Zirkel bewegt. Die blutsmäßige Abstammung wird als Rechtsverhältnis des bürgerlichen Rechts bejaht. Für ihre Feststellung wird der Rechtsweg grundsätzlich eröffnet. Da das Verfahren aber nach dem Verhandlungsgrundsatz durchgeführt werden müßte, wird das rechtliche Interesse an der Durchführung eines derartigen Rechtsstreits verneint.

Hervorzuheben ist auch das Urteil des OLG. Stettin (JW. 1938, 1915[65], gebilligt von Jonas § 644 Anm. II 4, Note 7), das die Feststellungsklage versperrt, wenn sich die Parteien über die vom Kläger behauptete blutsmäßige Abstammung einig sind. Es betrachtet ein im Parteibetrieb lediglich auf Grund zugestandener Behauptungen des Klägers ergehendes Urteil als „wertlos, ja unter Umständen sogar schädlich, weil irreführend". „Derartige Urteile würden geradezu eine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeuten". Das Feststellungsinteresse des Klägers müsse jedenfalls dann verneint werden, wenn es nicht zu einem „Streiturteil" (im Sinne der Entscheidung des RG. v. 14. Okt. 1937) kommen könne.

Diese Beweisführung, so richtig sie an sich ist, würde keineswegs durchschlagen, wenn für die Behandlung der Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung nicht der Verhandlungsgrundsatz, sondern der Untersuchungsgrundsatz vorgesehen würde.

b) Begrüßenswerter erscheint mir demgegenüber der Versuch des OLG. Celle (JW. 1938, 967[30]), der Schwierigkeiten bejahend Herr zu werden. Durch den Hinweis darauf, daß der Gegner die Behauptung des Klägers zugestehe, sei den Parteien für die Klärung ihrer Abstammungsverhältnisse, die für sie von elementarer Bedeutung seien, nichts geholfen. (Es handelte sich um die Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung eines Abkömmlings, der als ehelicher Sohn eines jüdischen Ausländers [und dessen deutschblütiger Ehefrau] zu gelten hatte, nach der unbestritten gebliebenen Klagebehauptung aber von dem deutschblütigen Kläger erzeugt sein sollte.) Es sei auch in solchen Fällen ein erhebliches rechtliches Interesse denkbar, „daß ein staatliches Gericht die gewünschte Feststellung in einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung treffe". „Bei der Bedeutsamkeit der Fragen" gehe „es nicht an, dem Antragsteller ... jegliche Unterstützung von staatlicher Seite zu versagen."

2. Weitere Erschwerungen für die Durchführung der Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung ergeben sich daraus, daß das rechtliche Interesse an der Erhebung der Klage bei Kind und Erzeuger verschieden beurteilt wird.

a) So läßt sich nach Günther (JW. 1938, 1699 ff., B III 1 c) das rechtliche Interesse eines Mannes bei der positiven Feststellungsklage, daß ein uneheliches Kind blutsmäßig von ihm stamme, nur in seltenen Fällen bejahen. Daß die wirkliche Abstammung dargetan werde, liege allein im rechtlichen Interesse des Kindes; dieses aber möge selbst sein Interesse wahrnehmen.

Noch mehr Ausnahmecharakter trügen die Fälle, in denen der als Vater geltende Mann auf die negative Feststellung klagen könne, daß das uneheliche Kind blutsmäßig nicht von ihm stamme (Günther a. a. O. B III 1 d).

Das OLG. Naumburg (Beschl. v. 22. Dez. 1937: JW. 1938, 678[20] und neuerdings Beschl. v. 21. Okt. 1938: JW. 1938, 3238[15]) läßt dementsprechend die Klage des Kindes auf Feststellung seiner blutsmäßigen Abstammung zu, weil „für jeden Deutschen die Erforschung seiner blutsmäßigen ‚Voreltern' von Bedeutung" sei. Die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage gegen das Kind aber verneint es, da „an die Feststellung der wahren ‚Abkömmlinge' keine rechtlichen Folgen geknüpft" seien.

Ähnlich führt das KG. in seinem Beschl. v. 24. Mai 1938 (JW. 1938, 2290[29]) aus, daß bei der Prüfung des rechtlichen Interesses an der Feststellung der blutsmäßigen Abstammung „zwischen dem Kinde und dem Vater unterschieden werden" müsse. „Während die Abstammung für das Kind nach den heutigen Gesetzen eine über die Unterhaltsfrage hinausgehende erhebliche Bedeutung, insbesondere auch für seine staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten und seine Stellung in der Volksgemeinschaft" habe, erschöpfe sich „das rechtliche Interesse des unehelichen Vaters bei der jetzigen Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen in der Regel in der Unterhaltspflicht". Es erscheine daher „nicht angängig, die Gründe, aus denen das RG. die Zulässigkeit einer ... Statusklage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung für das Kind bejaht hat ..., entsprechend auch für den unehelichen Vater anzuerkennen". Die über die Unterhaltspflicht „hinausragenden sonstigen Rechtsbeziehungen" der Abstammung hätten „im Regelfalle nur theoretische Bedeutung".

Das erst jüngst bekanntgewordene Urteil des RG. v. 19. Dez. 1938 (JW. 1939, 313[47]) legt ebenfalls auf die Unterscheidung nach der Parteirolle besonderes Gewicht. Die für die Zulassung der positiven Feststellungsklage des Kindes im Urt. v. 14. Okt. 1938 angeführten Gründe paßten keinesfalls auf die negative Feststellungsklage des angeblichen Erzeugers.

b) Gegen diese Auffassung ist nun allerdings bereits verschiedentlich Widerspruch erhoben worden. So hat das OLG. Königsberg in seinem Urt. v. 7. Jan. 1938 (HöchstRRspr. 1938 Nr. 663) dem unehelichen Vater, der bereits seine Vaterschaft zu gerichtlicher Niederschrift anerkannt hatte und auch zur Unterhaltszahlung verurteilt worden war, das rechtliche Interesse für eine Klage auf Feststellung, daß er nicht der Erzeuger des Kindes sei, eingeräumt. Die Entscheidung des OLG. Celle (JW. 1938, 967[30]) ist schon in anderem Zusammenhange erwähnt worden. Auch das OLG. Jena hat sich in seinem Urt. v. 17. Mai 1938 (AkadZ. 1938, 711) dagegen gewendet, die Zulässigkeit der Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung verschieden zu beurteilen, je nachdem, ob der Vater oder das Kind klagt. Das Urteil stellt ausdrücklich fest, daß „in allen Fällen", in denen die „Blutsverwandtschaft ernstlich in Zweifel gezogen oder bestritten wird, ... jeder unmittelbar daran Beteiligte ein Interesse an ihrer Klarstellung hat".

Aus der Begründung ist noch weiter bemerkenswert, daß der Senat das rechtliche Interesse an der erwähnten Feststellung „heute ganz allgemein als gegeben" ansieht, „ohne daß es im Einzelfall noch besonders dargelegt oder gar bewiesen zu werden braucht".

Schließlich hat auch das OLG. Stettin in seinem Beschl. v. 24. März 1938 (JW. 1938, 1914[64]) die vom OLG. Naumburg (JW. 1938, 678) aufgestellten Grundsätze ausdrücklich abgelehnt. Dort handelte es sich allerdings um die Klage des ehelichen Vaters, daß das beklagte Kind blutsmäßig nicht von ihm abstamme. Aus der Begründung ist aber ein Gesichtspunkt auch hier von Wichtigkeit: Der Senat zieht neben den Rückwirkungen, die von der gerichtlichen Feststellung auf andere behördliche Maßnahmen und auf die Unterhaltspflicht zu erwarten seien, auch „das rein menschliche Verhältnis der Parteien zueinander" und die in Frage stehenden „ideellen" und „sittlichen Werte" in Betracht, um das rechtliche Interesse des klagenden Vaters darzutun.

Im Schrifttum hat sich gegen die Unterscheidung nach der Parteirolle mit guten Gründen vor allem Peter (JW. 1938, 1293) ausgesprochen. Junker (JW. 1938, 1224 ff.) legt an sich der Unterscheidung nach der Parteirolle gleichfalls Gewicht bei, erachtet aber schließlich auch die Klage des Vaters gegen das Kind unter Hinweis auf die §§ 29, 30 PersStG. v. 3. Nov. 1937 (RGBl. I, 1146) für zulässig; von seinem Standpunkt aus, daß über die Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung nicht in einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz, sondern nach § 644 ZPO. zu entscheiden sei, übrigens mit Unrecht, da durch das in diesem Feststellungsverfahren ergehende Erkenntnis keinesfalls die Abstammung „mit allgemein bindender Wirkung festgestellt wird" (§ 30 PersStG.; ebenso Emig, „PersStG.", 2. Aufl., § 30 Anm. 3b; ferner RG.: JW. 1939, 313[47]).

IV.

Die folgerichtige Lösung der umstrittenen Fragen kann nur dann erreicht werden, wenn die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung nach den Grundsätzen des Offizialverfahrens durchgeführt werden.

1. Nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung, die im Volke den Ausgangspunkt aller rechtlichen Ordnung erblickt (RMin. Dr. Frank, „NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung", Einleitung S. XIII f.), kommt naturgemäß der blutsmäßigen Abstammung die überragende Bedeutung zu. Die blutsmäßige Abstammung steht über der ehelichen und unehelichen Abstammung, über dem Familienstand. Das ergibt sich zwingend aus dem Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938 (RGBl. I, 380). Dieses hat erstmals durchgreifende Möglichkeiten geschaffen, „den Weg für die Klarstellung der wirklichen Abstammung des Kindes freizumachen", selbst wenn dies nur unter Preisgabe der Ehelichkeit des Kindes geschehen kann (amtl. Begr., DJ. S. 619, zu Art. 2 Abs. 1). Das FamRÄndG. hat es nicht dem Belieben des Ehemannes überlassen, die wahren Abstammungsverhältnisse zur Aufklärung zu bringen, sondern hat für die Fälle, in denen der Ehemann von seinem Anfechtungsrecht aus Gleichgültigkeit oder aus sonstigen Erwägungen keinen Gebrauch gemacht hat oder in denen er an der Anfechtung verhindert ist, dem Staatsanwalt das Anfechtungsrecht eingeräumt. „Die Feststellung der Nichtehelichkeit ... soll verhindern, daß die Ehe zur Verschleierung der Herkunft des Kindes mißbraucht wird, und die Ermittlung der wirklichen Abstammung des Kindes ermöglichen" (amtl. Begr. a. a. O., zu Art. 2 Abs. 3). Um dem Ehelichkeitsanfechtungsstreit ein möglichst wahrheitsgemäßes Ergebnis zu sichern, wird für familienrechtliche Streitigkeiten die Pflicht der Parteien und Zeugen, sich erb- und rassenkundlichen Untersuchungen zu unterziehen, insbesondere die Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung zu dulden, ausdrücklich gesetzlich klargestellt (§ 9 FamRÄndG.). Die Grundsätze des Offizialverfahrens, die nach § 641 ZPO. auf die Anfechtungsklage Anwendung finden, sind also noch um ein weiteres überaus bedeutsames Mittel zur Erforschung des wahren Sachverhalts vervollkommnet worden.

Wenn der nationalsozialistische Staat das Verfahren der Anfechtung der Ehelichkeit, das „vorwiegend ... den Zweck" hat, „die blutsmäßige Abstammung des Kindes zu offenbaren" (amtl. Begr. zum FamRÄndG. a. a. O., zu Art. 2 Abs. 3), dergestalt ausgestattet hat, so verbietet es sich von selbst, die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung im Bereich der unehelichen Abstammung als gewöhnliche Feststellungsklagen nach § 256 ZPO., also nach dem Verhandlungsgrundsatz durchführen zu lassen.

Daß § 9 FamRÄndG. bei Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung auch im Bereich der unehelichen Abstammung gilt, ist anerkannt (vgl. Palandt, „BGB." § 1705 Anm. 1, § 1717 Anm. 1; s. auch RG.: JW. 1939, 313[47]).

2. Gewiß, die unmittelbare Anwendung der §§ 640 ff. auf Klagen auf Feststellung der unmittelbaren Abstammung kommt nicht in Frage; insoweit ist dem KG. (JW. 1937, 2229[51] a. E.) durchaus beizustimmen.

Allein es bestehen auch keine Hindernisse, diese Vorschriften entsprechend anzuwenden. Die Analogie ist im Verfahrensrecht nicht ausgeschlossen (s. Baumbach, „ZPO."[14], Einl. II D). Der Haupteinwand, § 644 ZPO. verbiete für Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes, greift nicht durch. Das ist m. E. überzeugend von Bernhardt (AkadZ. 1937, 218) nachgewiesen worden (ebenso von Nebesky: DRechtspfl. 1938, 266 ff., II d; siehe auch OLG. Bamberg: JW. 1939, 653[52]).

Wenn das OLG. München in seinem Urt. v. 11. Aug. 1938 (HöchstRRspr. 1938 Nr. 1307) ausführt, die Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung sei nichts anderes als die schon früher gelegentlich erhobene Klage auf Feststellung der „Ist vaterschaft" (nicht nur „Zahlvaterschaft"), so ist das nicht überzeugend. Denn aus dem früheren Beschl. v. 23. Dez. 1936 (AkadZ. 1937, 217) ergibt sich einwandfrei, daß das OLG. unter der „nach-

gewiesenen unehelichen Vaterschaft" die blutsmäßige Abstammung eben gerade nicht versteht. „Die blutsmäßige Abstammung des Kindes von einem bestimmten Vater", so heißt es in den Gründen, „ist allerdings eine Tatsache, die nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann." Die Folgerung, § 644 ZPO. erfasse auch die Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung, ist daher ebensowenig zutreffend wie die — im Gegensatz zum Urteil des RG. v. 14. Okt. 1937, IV 94/37 (JW. 1937, 3041 = AkadZ. 1937, 727) aufrechterhaltene — Ansicht, daß derartige Klagen vor das AG. (§ 23 Ziff. 2 GVG.) gehören. Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung haben eben ein anderes Thema als die Klagen nach § 644 ZPO. (so auch Günther: JW. 1938, 1699 ff., B I).

Selbst wenn aber im früheren Recht eine Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung unter der Herrschaft des Verhandlungsgrundsatzes hätte durchgeführt werden können, so wäre dies nach heutiger Rechtsauffassung nicht mehr vertretbar. Da die blutsmäßige Abstammung in gleicher Weise über der ehelichen wie über der unehelichen Abstammung steht, kann sie nicht im Bereich der letzteren als minder wichtig gewertet werden. Was dort Rechtens ist (Untersuchungsgrundsatz), muß hier billig sein.

V.

Nur eine entsprechende Anwendung der für die Statusprozesse in §§ 640—643 ZPO. gegebenen Vorschriften wird demnach der Wichtigkeit der Erforschung der blutsmäßigen Abstammung gerecht.

Hieraus ergeben sich wichtige Folgerungen:

1. Die Beschränkungen der Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung, die aus der Anwendbarkeit des Verhandlungsgrundsatzes hergeleitet werden (vgl. oben III 1 a), können nicht aufrechterhalten werden.

a) Das rechtliche Interesse an der Erhebung der Klage kann also nicht deshalb verneint werden, weil die auf die Klage ergehende Entscheidung schädlich, irreführend, wertlos sei oder zum mindesten kein „schätzenswertes Material bei der Prüfung der arischen Abstammung" darstellen könne.

b) Aber auch der Gesichtspunkt, die Klagebehauptungen hätten als zugestanden zu gelten oder seien nicht bestritten, kann nicht zur Ablehnung des rechtlichen Interesses führen. Die blutsmäßige Abstammung ist kein Rechtsverhältnis, das der Verfügung der Parteien unterliegt. Es kann demnach nicht darauf ankommen, ob die Gegenpartei den in der Klage geltend gemachten Anspruch bejaht oder nicht. Selbstverständlich kann man vom Kläger verlangen, daß die von ihm erhobene Klage ernstlich gemeint ist. Der Rechtsstreit darf in keiner Weise mißbraucht werden. Das ist dem KG. (JW. 1938, 2290[29]), das auf diese Feststellung Gewicht legt, ohne weiteres zuzugeben. Aber es geht zu weit, dem angeblichen Erzeuger, der gegen das uneheliche Kind auf Feststellung klagt, daß es blutsmäßig nicht von ihm stamme, das ernstliche Interesse einfach mit der Begründung abzusprechen, ihm sei es in Wahrheit nur um Beseitigung seiner Unterhaltspflicht zu tun, das über die Unterhaltsfrage hinausgehende rechtliche Interesse sei rein theoretisch und nur ein Vorwand. Diese Begründung kann um so weniger überzeugen, als das KG. in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung — m. E. mit Recht — einen unmittelbaren Einfluß des Feststellungsurteils auf ein etwa bestehendes Unterhaltsurteil in Abrede stellt (vgl. insbesondere auch das Urteil des RG. v. 19. Dez. 1938: JW. 1939, 313[47]; freilich darf nicht übersehen werden, daß die weitere Vollstreckung u. U. gegen § 826 BGB. verstößt, so OLG. Düsseldorf, Urt. v. 19. Nov. 1938: JW. 1939, 417[22]).

Bei der positiven Feststellungsklage des Erzeugers gegen das uneheliche Kind würde der Gesichtspunkt des nur theoretischen Interesses keinesfalls durchschlagen. Jener müßte im Gegenteil damit rechnen, im Falle seines Obsiegens auf Unterhalt in Anspruch genommen zu werden. Es war daher richtig, wenn das OLG. Celle (JW. 1938, 967[30]) unter solchen Umständen nötigenfalls die Feststellungsklage zugelassen hätte, obgleich der Beklagte bereit war, die klägerischen Behauptungen in jedem gewünschten Umfange zuzugestehen.

Die Feststellungsklage muß zugelassen werden, wenn der zur Zeit der Klagerhebung rechtlich als gegeben hinzunehmende Status nach der Behauptung des Klägers der Wirklichkeit nicht entspricht. Wenn der Beklagte die klägerische Ansicht bestreitet, oder sich einer anderen blutsmäßigen Abstammung berühmt, so ist schon nach den allgemeinen Grundsätzen des § 256 die Feststellungsklage gegeben (vgl. Jonas § 256 Anm. III 1). Aber auch dann, wenn unter den Parteien kein Streit besteht, kann das rechtliche Interesse an der Feststellung der blutsmäßigen Abstammung zu bejahen sein, weil die Gefahr besteht, daß die wahre Abstammung durch die Vermutungen und Fiktionen über eheliche oder uneheliche Abstammung verdunkelt wird.

c) Es liegt in der Natur der Statusklage, daß das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung in der Regel gegeben sein wird (vgl. Baumbach, „ZPO."[14], § 640 Anm. 1 A). Auch das RG. erwähnt in seinem Urt. v. 14. Okt. 1937, man habe früher „bei einer Klage auf Feststellung, daß der Beklagte der wirkliche Erzeuger sei, an den Nachweis des rechtlichen Interesses keine besonders hohen Ansprüche gestellt. Besonders die Gerichte" seien „in den verhältnismäßig wenig zahlreichen Fällen, die früher zur gerichtlichen Entscheidung kamen, geneigt" gewesen, „das Vorliegen eines rechtlichen Interesses bei solchen Klagen allgemein ohne besondere Begründung anzunehmen" (Nachweise dort).

d) Nun hat allerdings das RG. im Urt. v. 19. Dez. 1938 (JW. 1939, 313[47]) in der Fortführung des Grundgedankens der Entsch. v. 14. Okt. 1937, es gelte „im Interesse des unehelichen Kindes eine Lücke auszufüllen", die Meinung vertreten, diesem Ziele diene zwar die positive Feststellungsklage des Kindes, nicht aber die negative Feststellungsklage desjenigen, der behaupte, nicht der Erzeuger des Kindes zu sein (ähnlich Günther: JW. 1938, 1699 ff., B III 1 d). Wenn das RG. zur Begründung anführt, die blutsmäßige Zugehörigkeit dieses Klägers zu einer bestimmten Sippe werde mittels der begehrten Feststellung nicht geklärt, so ist dies richtig; durch die begehrte Feststellung wird aber verhindert, daß die blutsmäßige Zugehörigkeit des Beklagten zu einer Sippe weiter angenommen werden kann, der er — nach der Behauptung des Klägers — nicht angehört. Daß versucht werden könne, die Tatsache der ehelichen Abstammung später für den Nachweis auch der blutsmäßigen Abstammung heranzuziehen, da „die standesamtlichen Urkunden . . . notwendig dann in diese Richtung" führen, gibt das OLG. Naumburg (JW. 1938, 678[20]) zu. Ähnlich aber muß auch im Bereich der unehelichen Abstammung besorgt werden, daß aus der bloßen „unehelichen Vaterschaft" i. S. des § 644 ZPO. und des § 1717 BGB. Schlüsse hinsichtlich der blutsmäßigen Einordnung des Kindes gezogen werden. Bestünde diese Besorgnis nicht, so brauchte ein rechtliches Interesse an der negativen Feststellung, daß der als Vater geltende Mann nicht der Erzeuger sei, auch dann nicht angenommen zu werden, wenn es um die Frage geht, ob das Kind deutschen (und artverwandten) Blutes oder artfremden Blutes ist. Dieser Fall wird aber beispielsweise sowohl vom OLG. Naumburg (JW. 1938, 3238[15]) wie von Günther (JW. 1938, 1699 ff., B III 1 b u. d) ausdrücklich berücksichtigt. Bei der

Bedeutung, die der nationalsozialistische Staat der wahren blutsmäßigen Einordnung des einzelnen Volksgenossen beimißt (Peter: JW. 1938, 1293), ist es nicht minder wichtig, eine bestimmte blutsmäßige Abstammung im Rechtswege darzutun, als die Gefahr der Annahme einer unrichtigen Abstammung im Rechtswege zu entkräften.

Es genügt daher nicht, die negative Feststellungsklage des zu Unrecht als Vater geltenden Mannes nur in Fällen rassischer Verschiedenheit zuzulassen, bei Rassegleichheit aber abzulehnen (vgl. Günther: JW. 1938, 1699, B III 1 b u. d). Das OLG. Naumburg (JW. 1938, 3238[16]), das diesen Standpunkt teilt, erklärt, daß keineswegs in allen Fällen, in denen die blutsmäßige Zugehörigkeit eines Kindes zu einer bestimmten Sippe in Zweifel gezogen wird, ein öffentliches Interesse an der „Feststellung der blutsmäßigen Abstammung" bestehe; die amtl. Begr. zum FamRÄndG. lasse dies klar erkennen. Die Berufung auf die amtl. Begr. zum FamRÄndG. schlägt aber nicht durch. Einmal ist dort dem Staatsanwalt die Weisung zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht nur dann gegeben, wenn die Anfechtung „im öffentlichen Interesse", sondern auch dann, wenn sie „im Interesse des Kindes" gelegen ist (zu Art. 2, zu § 5). Entscheidend aber ist, daß die amtl. Begr. fortfährt, „Fälle, in denen keine dieser Voraussetzungen vorliegt, werden selten sein". Gilt dies schon für die Erhebung der Anfechtungsklage durch den Staatsanwalt, um wieviel mehr Berechtigung an der Klärung der blutsmäßigen Abstammung muß den Beteiligten, um deren Blutsverwandtschaft es sich handelt, zugestanden werden (vgl. hierzu Thiemann: DR. 1939, 75 f.).

Wenn die blutsmäßige Abstammung ein Rechtsverhältnis ist, so kann nicht nur dem Kind, sondern muß grundsätzlich ebenso dem nicht anerkannten Erzeuger oder dem zu Unrecht als Vater Geltenden das Recht eingeräumt werden, das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen. Es geht nicht bloß um Führung des Nachweises der arischen Abstammung, sondern, wie das OLG. Jena (AkadZ. 1938, 711) zutreffend hervorgehoben hat, darum, den Streit oder die Ungewißheit hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses zu beseitigen, das wohl mitunter rassenrechtlich, aber stets sippenrechtlich und darüber hinaus vom Standpunkt der Erbgesundheitspflege für alle Zukunft von Wichtigkeit ist. Wichtig erscheint mir in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 61 Abs. 4 der 1. VO. zur Ausf. des PersStG. v. 19. Mai 1938 (RGBl. I, 533), wonach in den Fällen des Anerkenntnisses der Vaterschaft auch „am unteren Rande des Geburtseintrags des Mannes ... ein Hinweis auf die Geburt des Kindes und das Vaterschaftsanerkenntnis eingetragen" wird. Ähnliche Hinweise werden sich nicht vermeiden lassen, wenn die blutsmäßige Abstammung eines unehelichen Kindes rechtskräftig mit Wirkung für und gegen alle festgestellt ist. Das PersStG. und die 1. AusfVO. hierzu treffen darüber keine Bestimmungen; offenbar sollen diese erst nach Neuregelung des Unehelichenrechts ergehen. Allein es kann doch nicht bezweifelt werden, daß ein solches Feststellungsurteil sippenrechtlich weit bedeutsamer ist als die Anerkennung der Vaterschaft, die nach § 1718 BGB. lediglich den Verzicht auf die Einrede des Mehrverkehrs enthält (RGZ. 135, 219 ff.).

Schon § 61 Abs. 4 der 1. AusfVO. zum PersStG. widerlegt also die Meinung, für den Staat sei „gerade die Rassenzugehörigkeit das Entscheidende und Beweiswichtige, der gegenüber die Familien- und Sippenzugehörigkeit in ihrer Bedeutung zurücktritt" (OLG. Naumburg: JW. 1938, 678[20]). Die Begr. zum PersStG. (DRAnz. 1937 Nr. 258, Abschn. II a) hebt neben den Maßnahmen, die der Herstellung des Zusammenhangs mit den Vorfahren dienen, ausdrücklich auch diejenigen hervor, die die Zusammenhänge mit den Nachfahren kenntlich machen sollen.

Das PersStG. erstrebt das Ziel, „im einzelnen Menschen den Familiensinn und das Gefühl dafür zu stärken, daß er verbindendes Glied in einer langen Reihe von Geschlechtern ist" (amtl. Begr., a. a. O., Abschn. II a). Dann muß aber auch dem nicht anerkannten Erzeuger oder dem zu Unrecht als Vater eines unehelichen Kindes geltenden Manne das rechtliche Interesse eingeräumt werden, die blutsmäßige Abstammung des unehelichen Kindes positiv oder negativ feststellen lassen zu dürfen.

Es wird ja auch im Bereich der ehelichen Abstammung nicht dem Kinde überlassen, im Zweifel Klarheit über seine blutsmäßige Abstammung herbeizuführen. Aus dem FamRÄndG. ergibt sich klar, daß der Gesetzgeber vom Ehemann die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes erwartet, wenn es nicht von ihm erzeugt ist; dem unehelichen Vater aber sollte es verwehrt sein, unrichtigen Folgerungen hinsichtlich der blutsmäßigen Abstammung eines unehelichen Kindes entgegenzutreten, wenn er zu Unrecht als Erzeuger betrachtet wird oder nicht anerkannt ist! Dieses persönliche rechtliche Interesse berücksichtigt das OLG. Stettin (JW. 1938, 1914[61]), wenn es dem „rein menschlichen Verhältnis der Parteien zueinander" mit den hereinspielenden „ideellen" und „sittlichen" Werten Bedeutung beimißt. Solche Werte beanspruchen übrigens schon im Bereich des § 256 ZPO. Beachtung (vgl. Jonas[16], § 256 Anm. III 2 mit Note 78; Baumbach[14], § 256 Anm. 3 B und Anm. 5 „Abstammung, blutsmäßige").

Eines besonderen Nachweises bedarf das rechtliche Interesse an der Feststellung der blutsmäßigen Abstammung im heutigen Rechtsleben nicht mehr. Dem OLG. Jena (AkadZ. 1938, 711) ist darin rückhaltlos beizustimmen.

d) Über die Zulässigkeit der positiven Feststellungsklage des nicht als Erzeuger anerkannten Mannes oder der negativen Feststellungsklage des unehelichen Kindes spricht sich das RG. nicht aus. Nach dem Gesagten aber kann die Zulässigkeit dieser Klagen ebensowenig von vornherein in Frage gestellt werden wie die der negativen Feststellungsklage des als Vater des unehelichen Kindes geltenden Mannes.

2. Der Streit darum, ob im Verfahren auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen könne (vgl. hierzu OLG. Naumburg: JW. 1938, 3131[37]), erledigt sich bei Übernahme des Untersuchungsgrundsatzes durch die gem. § 640 ZPO. in Bezug genommene Vorschrift des § 618 Abs. 5, die ein Versäumnisurteil gegen den Bekl. nicht zuläßt (so auch OLG. Bamberg: JW. 1939, 653[52]).

In ähnlicher Weise ist ein Anerkenntnisurteil auszuschließen (§ 640 ZPO. i. Verb. m. § 617 ZPO. entspr.; § 7 Abs. 2 FamRÄndG. entspr.; OLG. Düsseldorf: JW. 1938, 3308[21], oben II a. E.).

3. Das im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz ergangene Urteil wirkt für und gegen alle mit der Einschränkung des § 643 Satz 2 ZPO. (§ 643 ZPO. entspr.). Auf Grund der Entscheidung kann daher auch der Randvermerk gem. § 30 Abs. 1 PersStG. eingetragen werden.

Die Möglichkeit der Eintragung eines Randvermerks gem. § 30 Abs. 1 PersStG. wird mit Recht verneint, solange die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung in dem Verfahren nach § 256 ZPO. getroffen wird (RG.: JW. 1939, 313[47]).

Emig („PersStG.", 2. Aufl., § 30 Anm. 3 b) vertritt unter Bezugnahme auf die amtl. Begr. zum PersStG. (a. a. O., III zu § 30), für das künftige Recht sei ein Verfahren geplant, in dem die „Abstammung des Kindes von Amts wegen und mit allgemein bindender Wirkung festgestellt wird", die Auffassung, daß zur Zeit ein Rand-

vermerk gem. § 30 Abs. 1 PersStG. bei unehelichen Kindern überhaupt nicht in Frage komme[3]).

Diese Folgerung braucht indes m. E. nicht gezogen zu werden. Der Hinweis in der amtl. Begr. stellt ein Verfahren in Aussicht, in dem die Abstammung des unehelichen Kindes „von Amts wegen und mit allgemein bindender Wirkung" ermittelt werden soll. Der Hinweis steht also nicht im Wege, eine Entscheidung, die nach den zur Zeit gegebenen Möglichkeiten des bürgerlichen Streitverfahrens mit Rechtskraft für und gegen alle getroffen werden kann, in gleicher Weise für den personenstandrechtlichen Randvermerk auszuwerten, wie dies beispielsweise im Bereich der ehelichen Abstammung schon jetzt auf Grund des § 30 Abs. 1 PersStG. geschehen kann[4]).

Im übrigen könnte gerade der erwähnte Satz der amtl. Begr. zum PersStG. die Überzeugung verstärken, daß über die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung unehelich Geborener schon nach geltendem Recht wie in dem Verfahren nach §§ 640 ff. ZPO. unter Ausschluß des Verhandlungsgrundsatzes entschieden werden soll, soweit rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen.

VI.

Die vorstehenden Ausführungen sollten einen Weg zur Überwindung der zweifellos vorhandenen rechtlichen Schwierigkeiten, unter der gegenwärtigen Gesetzeslage den Untersuchungsgrundsatz auf Klagen zur Feststellung der blutsmäßigen Abstammung auch im Bereich des Unehelichenrechts anzuwenden, aufzeigen. Bei der Einmütigkeit, die überall darüber besteht, daß der Verhandlungsgrundsatz den in Betracht kommenden Feststellungsthemen nicht angemessen ist, braucht auch der Umstand nicht zu entmutigen, daß zur Zeit noch eine entgegengesetzte Meinung herrschend ist. Die Rechtsprechung hat schon durch Zulassung der Klagen auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung einem überaus dringenden praktischen Bedürfnis, das in Ermangelung anderer geeigneter Einrichtungen nicht zu befriedigen war, abgeholfen. Jetzt gilt es, in Fortbildung dieses Entschlusses die Dienste der Rechtsprechung auch dort zur Verfügung zu stellen, wo nicht bloß die Führung des Nachweises der Deutschblütigkeit, sondern darüber hinaus die wahre sippen- und familienrechtliche Einordnung jedes einzelnen Volksgenossen in Frage steht. Die Rechtsprechung arbeitet dann mit an den großen Zielen, die sich die nationalsozialistische Gesetzgebung im Familienrecht gesteckt hat: im einzelnen Menschen „das Gefühl der Verantwortung" zu wecken, „die er selbst für die Erhaltung seines Geschlechts und damit zugleich für die Zukunft des deutschen Volkes trägt" (amtl. Begr. zum PersStG., a. a. O., Abschn. II a).

[3]) Auf das Unbefriedigende dieses Ergebnisses weist besonders Stählin (AkadZ. 1939, 56 f.) hin, der „das Verbot eines Randvermerks über die Feststellung einer unehelichen Vaterschaft geradezu als Fremdkörper" empfindet. Er sucht allerdings auf anderem Wege Abhilfe zu schaffen und schlägt vor, „auch die sog. Zahlvaterschaft i. S. des § 1708 BGB. am Rande des Geburtseintrags vermerken" zu lassen. Diese Lösung erscheint mir nicht glücklich.

[4]) Ob die Auslegung des § 30 PersStG. dahin, daß das auf eine negative Feststellungsklage ergehende Urteil keinesfalls zu einem Randvermerk führen kann (RG.: JW. 1939, 313[47]), in dieser uneingeschränkten Form mit den Zielen des PersStG. vereinbar ist, kann in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden.

Untreue oder unlauterer Wettbewerb?

Von Dr. jur. Eberhard Fiedler, Berlin

Baumbach gibt seinen Erläuterungen zu § 12 UnlWG. („Wettbewerbsgesetz und Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936", 3. Auflage) die lakonische Überschrift „Schmieren" und zählt die Bekämpfung des „Schmierens" zu den wichtigsten Aufgaben des Wettbewerbsrechts. Mit Recht! Die Schmiergelder in allen ihren Abstufungen sind ein so weit verbreitetes und so tief eingewurzeltes Übel, daß der Kampf dagegen in einer Zeit, die Verstöße jeder Art gegen den Gedanken der Gemeinschaft streng zu ahnden gewillt ist, nicht ernst genug genommen werden kann. Gerade wegen der unzähligen Spielarten aber, in denen das Delikt vorkommt, ist es tatbestandsmäßig sehr schwer zu umreißen.

Zwar scheint der § 12 UnlWG., durch den nicht nur das Geben und Nehmen, sondern schon das Anbieten und Fordern, das Versprechen und das Sich-versprechen-Lassen von Geschenken oder anderen Vorteilen zu Zwecken des unerlaubten Wettbewerbs mit Strafe bedroht ist, auf den ersten Blick so weit gefaßt, daß man meinen sollte, sie sei geeignet, die „Pest des Schmierens" (Baumbach) in jedem denkbaren Fall zu ahnden. Die umfangreiche, ständig sich vermehrende Rechtsprechung zu § 12 UnlWG. beweist das Gegenteil.

Zum Teil liegen die Schwierigkeiten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts überhaupt, wo nicht nur die Grenzziehung zwischen erlaubt und unerlaubt, sondern auch die Bildung und die richtige Abgrenzung rechtlicher Begriffe besondere Mühe macht. Was heißt „zu Zwecken des Wettbewerbs" (vgl. zuletzt RG.: JW. 1939, 44), was heißt „unlauter" (vgl. zuletzt RG. a. a. O. S. 45), was heißt „Bezug von Waren oder gewerblicher Leistungen" (vgl. zuletzt RGSt. 72, 132 = JW. 1938, 2006[5]).

Das umfangreiche Schrifttum zu diesen Fragen allgemeiner Natur soll durch den vorliegenden Beitrag nicht vermehrt werden. Hier sei nur auf einen Ausschnitt des Wettbewerbsrechts hingewiesen, der praktisch von großer Bedeutung ist, und der, soweit feststellbar, bisher, vor allem auch seit der Neufassung des § 266 StGB., weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung anders als ganz nebenbei behandelt worden ist. Es handelt sich um das Verhältnis zwischen § 12 Abs. 2 UnlWG., also dem Tatbestand der passiven wirtschaftlichen Bestechung einerseits und der strafrechtlichen Untreue des § 266 StGB. n. F. (Gesetz v. 26. Mai 1933 [RGBl. I, 295]) andererseits.

Ausgegangen sei von folgendem, erfahrungsgemäß recht häufig vorkommendem Fall, der in ähnlicher Form auch das RG. beschäftigt hat (Urt. v. 29. März 1938, 4 D 498/37):

Der Generaldirektor eines großen industriellen Unternehmens tritt an eine ihm nahestehende Persönlichkeit heran und bietet ihr mit Erfolg die demnächst freiwerdende Vertretung seines Werkes für einen bestimmten Bezirk unter der Bedingung an, daß ihm laufend ein Teil der dem Vertreter zufließenden Provision überlassen wird.

Derartige Geschäfte sind — leider — sehr häufig. Daß sie „unlauter" im Sinne des UnlWG. sind, daß sie nämlich ein Verhalten darstellen, das „den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden des maßgebenden Verkehrskreises widerspricht" (RGSt. 58, 429), daß sie dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden in hohem Maße widersprechen, bedarf keiner Erörterung. Der sicherste Beweis für die Unlauterkeit und dafür, daß die Unlauterkeit auch Bewußtseinsinhalt der Beteiligten und damit zum Vorsatz geworden ist, liegt darin, daß solche Abreden dem

Vorstand und dem Aufsichtsrat des Vorteilsnehmers auf das sorgfältigste verschwiegen zu werden pflegen.

Dieser in tatsächlicher Hinsicht so einfach liegende Vorgang bietet aber der rechtlichen Beurteilung erhebliche Schwierigkeiten.

Schon die Frage, ob die Beteiligten „zu Zwecken des Wettbewerbs" handeln, ist nicht ohne weiteres zu bejahen. Dagegen spricht in unserem Beispiel, daß der Anstoß zum Geschäft vom Vorteilnehmer ausgeht und andere Bewerber infolgedessen gar nicht in Betracht kommen. Trotzdem wird man die Frage bejahen können, da grundsätzlich vom Standpunkt des Vorteilgebers auszugehen ist, soweit es sich um das Vorliegen eines Wettbewerbs handelt (RGSt. 58, 429), und da dieser durch sein Eingehen auf die Bedingungen des Vorteilnehmers von vornherein jeden anderen Bewerber ausschalten wollte. Zudem legt das RG. nach einer ungeschriebenen Regel alle Begriffe auf dem Gebiet der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs weit aus, um Korruptionserscheinungen im Wirtschaftsleben wirksam entgegentreten zu können. Man braucht aber unser Beispiel nur etwas abzuändern, um zu erfahren, wie leicht eine Verurteilung aus § 12 UnlWG. bei solchen und ähnlichen Geschäften schon daran scheitern kann, daß ein Handeln „zu Zwecken des Wettbewerbs" nicht nachgewiesen werden kann. Wenn der Generaldirektor unseres Beispiels etwa einen völlig überflüssigen Vertreter zwischenschaltet, nur um an dessen Provision teilzuhaben, oder die Abmachung für einen Bezirk erfolgt, für den es aus tatsächlichen Gründen keinen Mitbewerber gibt, so scheidet schon aus diesem Grund § 12 UnlWG. bei der Beurteilung aus. Diese Beispiele sind aber nicht etwa konstruiert, sondern beruhen sämtlich auf Beobachtungen des Wirtschaftslebens von heute!

Kehren wir zu unserem ersten Beispiel zurück. Man kann weiter annehmen, daß beide Teile „im geschäftlichen Verkehr" und „bei dem Bezuge von gewerblichen Leistungen" handeln: Bezogen werden sollten die kaufmännischen Dienstleistungen eines Vertreters (vgl. dazu RGSt. 56, 249—250).

Die Besonderheit von Fällen wie dem vorliegenden liegt aber auf einem anderen Gebiet, nämlich in der Natur des Vorteils, der dem Vorteilnehmer versprochen wird und zufließt. Der § 12 UnlWG. ist auf Fälle zugeschnitten, in denen der Geber den Vorteil aus eigenen Mitteln anbietet, verspricht oder gewährt. Hier aber verschafft sich der Vorteilnehmer, der ja zudem das ganze Geschäft ersinnt und anregt, einen Vorteil auf Kosten seiner eigenen Firma, auf den er keinerlei Anspruch hat. Deren Schädigung ist das Primäre, das Wettbewerbsdelikt erfolgt, wenn überhaupt, nur „gelegentlich" des Treubruchs, den er sich seiner Dienstherrin gegenüber zuschulden kommen läßt. Solche Delikte gehören aber nicht in das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs, sondern der Untreue, und zwar grundsätzlich schon deswegen, weil § 12 UnlWG. in erster Linie den redlichen Mitbewerber schützen will (RGSt. 47, 158; 48, 293) und nicht ungetreues Gebaren des Angestellten gegenüber seinem Geschäftsherrn ahnden soll (RGSt. 58, 429), während das vom Vorteilnehmer verletzte Rechtsgut, das Treueverhältnis zu seinem Auftraggeber, durch § 266 StGB. geschützt wird. Nur das hier befürwortete Ergebnis entspricht also dem methodischen Aufbau unserer Strafgesetzgebung. Es hat aber keineswegs nur theoretische Bedeutung, sondern auch erhebliche praktische Folgen.

Dabei ist vorauszuschicken, daß die hier erörterte Frage bisher deswegen nicht in ihrer Bedeutung erkannt worden ist, weil § 266 StGB. in seiner alten, engen Fassung — Vollmachtsverhältnis, Verfügung — selten gegeben war. Daß sich die Lage durch den neuen Wortlaut von § 266 StGB. wesentlich geändert hat, ist im Schrifttum zum UnlWG. bisher nicht beachtet worden (vgl. z. B. Baumbach a. a. O. 1 B).

Daß der Vorteilnehmer in unserem Fall einen Vorteil erstrebt und erzielt hat, bedarf keiner Erörterung. Daß er aber auch seinen Auftraggebern einen Nachteil im Sinne von § 266 StGB. zugefügt hat, ist jetzt nicht mehr zweifelhaft, denn „die Untreuehandlung ist nicht, wie bisher, nur eine Verfügung, sie kann vielmehr in jeder rechtlichen oder tatsächlichen Einwirkung sein, die das anvertraute Vermögen unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt" (Freies-leben-Kirchner-Niethammer, „StGB.", 1936, § 266 Anm. 12a und dazu RGSt. 68, 371 = JW. 1935, 289[17] [m. Anm.]; RG.: JW. 1935, 1861). Man wird also sogar schon in dem Sich-versprechen-Lassen eines Teils der Provision eine Nachteilszufügung im Sinne von § 266 StGB. erblicken müssen.

Dabei ist dem RG. — Urt. v. 14. Febr. 1935, 2 D 1242/34: JW. 1935, 2434[12] — darin zuzustimmen, daß die Ansicht abzulehnen ist, wonach in jedem Fall einer Zuwiderhandlung gegen § 12 UnlWG. zugleich Untreue angenommen werden müsse, wenn nicht die empfangenen Vorteile dem Geschäftsherrn herausgegeben werden; das gilt m. E. auch für § 266 in der neuen Fassung und bedarf nach dem oben über die Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter gesagten keiner weiteren Begründung.

Die hier vertretene Anschauung würde die Folge haben, daß in vielen Fällen, wo eine Bestrafung nach § 12 UnlWG. und damit eine Bestrafung überhaupt angeblich nicht möglich ist, da sich das Vorliegen aller Tatbestandmerkmale nicht nachweisen läßt, eine Bestrafung nach § 266 StGB. erfolgen könnte. Konkurrieren auf seiten des Vorteilnehmers aber Wettbewerb und Untreue, so wäre bei der subsidiären Natur von § 12 UnlWG. der Vorteilnehmer wegen Untreue, der Vorteilgeber als Mittäter des Wettbewerbsvergehens zu bestrafen (so auch RGUrt. vom 25. Juli 1938, 2 D 290/38: JW. 1938, 2736[11]). Hinzu kommt, daß § 266 StGB. im Gegensatz zu § 12 UnlWG. kein Antragsdelikt ist, also sehr viele Fälle erfaßt werden können, die sonst mangels Antragstellung ungeahndet bleiben oder in denen, wie das heute oft geschieht, die Strafverfolgungsbehörde, wenn noch keine Verjährung vorliegt, die Akten an den Verein gegen Bestechung gibt, damit dieser den erforderlichen Antrag gemäß §§ 22, 13 UnlWG. stellt!

Zuletzt sei noch darauf verwiesen, daß § 266 StGB. durch seinen weitgespannten Strafrahmen, der in den qualifizierten Fällen sogar Zuchthaus bis zu zehn Jahren vorsieht, dem Richter den Spielraum gibt, der in solchen Fällen erforderlich ist.

Doch sollen die im einzelnen sich ergebenden praktischen Folgerungen aus der hier vertretenen Ansicht nicht übermäßig in den Vordergrund gestellt werden. Ausschlaggebend ist, daß die hier vorgetragene Anschauung aus dem § 266 StGB. erst die Waffe macht, die der Gesetzgeber aus ihr machen wollte, und daß nur dann, wenn in Rechtsprechung und Schrifttum diese Auffassung sich durchsetzt, die einschlägigen Korruptionserscheinungen in der Wirtschaft auch in ihren raffinierteren Formen strafrechtlich erfaßt und entsprechend geahndet werden können.

Mitwirkendes Verschulden von Richter und Rechtsanwalt im Grundstücksvollstreckungsrecht

Von Rechtsanwalt am KG. Dr. Toop, Berlin

I.

Mag der Richter seine Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben, niemals ist er ersatzpflichtig, wenn der Geschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB.). Rechtsmittel ist jeder zur Beseitigung oder Berichtigung der schädigenden Amtshandlung mögliche und geeignete Rechtsbehelf, dessen Nichtgebrauch für den Schaden ursächlich gewesen ist (RGZ. 138, 44 = JW. 1933, 330[1] und RGZ. 138, 144; RGUrt. v. 10. Jan. 1926: JW. 1927, 24). In Frage kommen nicht nur die gegen die Spruchbehörden gegebenen ordentlichen Rechtsmittel, sondern auch alle möglichen sonstigen Rechtsbehelfe, die nach gesetzlicher Ordnung die Beseitigung oder Berichtigung der schädigenden Amtshandlung oder Unterlassung herbeizuführen vermögen (RG.: JW. 1938, 1029). Dabei ist die Ausschöpfung des Rechtsmittelweges nicht Voraussetzung des Schadenersatzanspruches, weil jede richterliche Entscheidung den Anspruch auf Wohlerwogenheit erheben darf (RGZ. 150, 323 = JW. 1935, 1770). Andererseits verschlägt der vom Geschädigten zunächst in einem anderen Rechtsstreit vergeblich erstrebte Ersatz nichts gegen den nunmehrigen Gebrauch des gegen die schädigende Amtshandlung selbst möglichen Rechtsmittels. Selbständige Prozeßhandlungen aber, mit denen dem drohenden Schaden hätte begegnet werden können (wie eine einstweilige Verfügung oder eine Unterlassungsklage), sind keine Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB.; bei ihrer schuldhaften Unterlassung kommt nur § 254 BGB. in Frage (RG. a. a. O.; RGUrt. v. 28. Febr. 1936: DJ. 1936, 3374).

Als Rechtsmittel kommen namentlich in Betracht die mannigfachen Gegebenheiten zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen eine vor dem Zuschlag ergangene Entscheidung, wie die Anordnung, Aufhebung, einstweilige Einstellung oder Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens (§ 95 ZwVerstG.). Ferner die sofortige Beschwerde gegen die einstweilige und erneute einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung im Rahmen des Notrechtes (Nichterfüllung fälliger Verbindlichkeiten aus Anlaß der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung: Abs. 3 der §§ 6, 7 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933).

Auch die Dienstaufsichtsbeschwerde ist ein Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB. (RG.: JW. 1938, 1029); es sei insbesondere an den Fall erinnert, wo der Versteigerungstermin aus „erheblichen Gründen" nach amtlichem Ermessen gemäß § 227 ZPO. vertagt wird. Diese vornehmlich bei Schleudergeboten erfolgende Vertagung birgt insonderheit im Hinblick auf die Möglichkeit der Konjunkturverschlechterung, des zwischenzeitlich wertmindernden Anwachsens bevorrechtigter öffentlicher Lasten, des Abspringens eines Ausbietungsgaranten und dergleichen große Gefahren in sich. Grundsätzlich ist dieser Vertagungsbeschluß nur mit der Dienstaufsichtsbeschwerde angreifbar, vorausgesetzt, daß es sich um eine echte Vertagung handelt, d. h. daß sofort ein neuer, kürzest zulässiger Termin bestimmt wird. Liegt aber eine verschleierte einstweilige Einstellung des Verfahrens vor, dann ist die sofortige Beschwerde geboten. Hält sich nach Ansicht des Beschwerdegerichts die Vertagung in den zulässigen Grenzen, dann ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen; andernfalls hat das Gericht zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Versagung des Zuschlages oder für die Einstellung des Verfahrens vorliegen. Da es hiernach durchaus fraglich sein kann, ob eine statthafte Vertagung von Amts wegen oder eine verschleierte Einstellung vorliegt, wird der Beschwerdeführer bzw. sein Anwalt im Zweifel zur Vermeidung des Verlustes jedes Schadenersatzanspruchs vorsorglich außer der Dienstaufsichtsbeschwerde auch stets die sofortige Beschwerde einzulegen haben.

Hat aber der Geschädigte kein Rechtsmittel versäumt und hat der Versteigerungsrichter lediglich fahrlässig gehandelt, dann bietet § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.

> „Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag"

eine breite Plattform für ein mitwirkendes Verschulden von Richter und Rechtsanwalt unter Ausschluß der Amtshaftung. Denn diesfalls ist der Richter bereits entlastet, wenn auf der Anwaltsseite nur ein Mitverschulden geringfügiger Art vorliegt, da im Bereich der angeführten Gesetzesvorschrift ein Schuldabwägen nach Art des § 254 BGB. ausscheidet (RG.: JW. 1936, 2708 und 2709).

Über die Pflichten des Rechtsanwalts im Zwangsversteigerungsverfahren sagt das RG. im Urteil vom 8. April 1936 (JW. 1936, 2708):

> „Der Anwalt, der mit der Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren betraut ist, hat die Belange seiner Partei insgesamt wahrzunehmen. Der Parteivertreter im Zwangsversteigerungsverfahren hat alles zu tun und zu beachten, was zur Herbeiführung einer ordnungsgemäßen, den Belangen seines Auftraggebers entsprechenden Versteigerung dienlich ist. Damit werden die an ihn zu stellenden Anforderungen keineswegs überspannt. Eine Zwangsversteigerung ist eine besonders wichtige und schwierige Angelegenheit, bei der zudem meist erhebliche Werte auf dem Spiele stehen. In diesem Verfahren kommt es vielfach auf genaue Beachtung von Fristen und Förmlichkeiten an. Ist auch, soweit es sich hierbei um richterliche Verfügungen handelt, der Richter in erster Reihe für gesetzmäßige Handlungen verantwortlich, so hat doch auch der Parteivertreter sein Augenmerk darauf zu richten, daß seine Partei nicht durch etwaige Versehen zu Schaden kommt. Ihm liegt zwar keine allgemeine Pflicht der Überwachung der richterlichen Handlungen ob, aber er darf doch auch die gerichtlichen Verfügungen nicht unbesehen und gedankenlos hinnehmen. Was er bei deren Empfangnahme zu tun und zu beachten hat, richtet sich nach der Lage des Einzelfalls. Die Terminsbestimmungen sind in diesem Verfahren von besonderer Wichtigkeit; sie müssen vom Parteivertreter angesehen werden."

Diesem Urteil lag als Tatbestand der Schaden zugrunde, den der durch einen Rechtsanwalt vertretene Ersteigerungsinteressent dadurch erlitten hatte, daß der Versteigerungstermin wegen Nichtwahrung der gesetzlichen Sechswochenfrist zwischen Terminsbekanntmachung und Termin (§ 43 Abs. 1 ZwVerstG.) aufgehoben werden mußte und der Interessent infolgedessen den sonst in sicherer Aussicht stehenden Weiterverkauf des Grundstücks nicht hatte verwirklichen können. Die gegen den Staat gerichtete Klage wurde abgewiesen mit der Begründung, daß der Anwalt schadenersatzpflichtig sei, weil er die zu kurze Bemessung der Frist nicht rechtzeitig beanstandet habe. Denn bei fahrlässigem Amtspflichtversehen hafte Staat und Beamter nur, wenn der Geschädigte überhaupt keine andere Ersatz-

möglichkeit habe; eine solche sei aber auch dort gegeben, wo den Anwalt im Vergleich zu dem groben Versehen des Richters nur eine geringfügige Schuld treffe.

Weiterhin hat das RG. eine privatrechtliche Haftpflicht des Rechtsanwalts wegen Verletzung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten angenommen bei unterlassener Fürsorge für die Aufnahme eines im Zwangsversteigerungstermin abgegebenen Gebots ins Protokoll sowie für das Übersehen des Sicherheitsverlangens eines Beteiligten (RGUrt. v. 11. Dez. 1908, III 106/08; Urt. v. 23. April 1915: JW. 1915, 654).

Die Protokollierung jedes rechtserheblichen Vorganges im Versteigerungstermin (Entfernen des Richters aus dem Sitzungszimmer: Berechnung der Versteigerungsstunde [RG.: JW. 1938, 947!], Anträge jeder Art, Widersprüche, Vertagung, Vorlegung von Urkunden, Anbieten der Zahlung oder der Sicherheitsleistung u. dgl.) ist notwendig, da nicht protokollierte Vorgänge bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht berücksichtigt werden (§§ 78, 80 ZwVerstG.), demnach für das Beschwerdegericht unbeachtlich sind und auch durch dienstliche Äußerungen des Versteigerungsrichters nicht ersetzt werden können. Über eine erforderliche Sicherheitsleistung insbesondere hat das Gericht sofort zu entscheiden (§ 70 ZwVerstG.); dies ist in der Niederschrift festzulegen. Die Verpflichtung des Anwalts, für seine Partei die zweckentsprechenden Erklärungen abzugeben, ergibt seine Pflicht, den Richter auf die notwendige Niederschrift hinzuweisen. „Darin liegt" — so erklärt das RG. — „nicht entfernt eine unangemessene Kontrolle der richterlichen Tätigkeit, sondern eine pflichtmäßige und notwendige Verwertung eines im Verhandlungstermin etwa geschehenen hervorstechenden Vorgangs." Da infolge der fehlenden Niederschrift des Sicherheitserfordernisses die Beschwerdeinstanz abweichend vom Versteigerungsrichter den Zuschlag nicht an die durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei erteilt, hat der Anwalt nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. den Schaden zu ersetzen.

Kennzeichnend ist ferner das Urteil des RG. vom 3. April 1936 (JW. 1936, 2709), in dem auf Schadenhaftung des Rechtsanwalts für eine rechtzeitig eingereichte, von Amts wegen zuzustellende (§ 496 Abs. 1 Satz 2 ZPO.), aber unter Versäumung einer Notfrist zugestellte Klage erkannt wird. Unter den gegebenen Verhältnissen hätte hier nach der Meinung des RG. der Anwalt bei gehöriger Aufmerksamkeit noch beizeiten die zur Wahrung der Rechte seiner Partei geeigneten Schritte (notfalls mittels Aufsichtsbeschwerde) zwecks fristgerechter Amtszustellung unternehmen können.

Ein weites Feld für konkurrierende Haftpflichtfälle eröffnet vornehmlich das Devisenrecht. § 65 DevG. in der Fassung v. 12. Dez. 1938 (RGBl. I, 1733) bestimmt: „Ist zur Leistung des Schuldners eine Genehmigung erforderlich, so ist die Verurteilung oder die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn die Genehmigung erteilt ist." Danach ist zwar die Zwangsvollstreckung als solche keine genehmigungsbedürftige Verfügung, da die Vollstreckung lediglich die zwangsweise Durchsetzung einer genehmigungsbedürftigen Leistung des Schuldners zum Ziele hat. § 65 will lediglich die Beobachtung der Devisenvorschriften, soweit das Vollstreckungsverfahren zur Befriedigung des ausländischen Gläubigers führt, sicherstellen (KG.: JW. 1932, 1980). Hat also der Richter unter Nichtbeachtung dieser formellen, von Amts wegen zu berücksichtigenden Vollstreckungsvoraussetzung gleichwohl das Vollstreckungsverfahren (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) ohne Vorlegung des Devisenbescheides angeordnet, dann ist zwar der Vollstreckungsakt zunächst unwirksam; die Beschlagnahme des Grundstücks ist aber nicht etwa nichtig, vielmehr kann durch Nachreichung des Bescheides bis zum Zuschlagstermin der unfertige Vollstreckungstatbestand geheilt werden. Ist aber der Bescheid bis dahin nicht beigebracht, dann ist der Zuschlag gemäß § 83 Nr. 6 ZwVerstG. zu versagen. Eine spätere Heilung ist unmöglich, da ein einmal erwachsener Versagungsgrund nicht nachträglich beseitigt werden kann (KG.: JW. 1932, 1980).

Daß bei der Anordnung des Vollstreckungsverfahrens ohne Vorlage der Devisengenehmigung der Richter seine Amtspflicht verletzt, kann zwar keinem Zweifel unterliegen. Die Pflicht zur Beschaffung der Genehmigung obliegt jedoch dem devisenrechtlichen Auslandsgläubiger; hat dessen Anwalt die rechtzeitige Beschaffung versäumt, dann wird im Fall eines den Ausländer infolge der verspäteten Beibringung der Genehmigung treffenden Schadens bei dieser Schuldkonkurrenz die Haftung allein den Anwalt als Vertragsverpflichteten treffen.

In gleichem Sinne zu beurteilende Konkurrenztatbestände bieten ferner die Fälle, in denen das Gebot der devisenrechtlichen Genehmigung bedarf: Versteigerung des Inlandgrundstücks eines devisenrechtlichen Ausländers, Versteigerung des Inlandgrundstücks eines Inländers an einen devisenrechtlichen Ausländer. In beiden Fällen darf außerdem bei Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot oder bei der stillen Vertretung (§ 81 Abs. 3 ZwVerstG.) der Zuschlag an den anderen nur erteilt werden, wenn dieser andere die Genehmigung beibringt (§ 43 DevG. n. F.).

Hat der Richter trotz Fehlens der Devisengenehmigung den Zuschlag an einen durch einen Rechtsanwalt vertretenen Genehmigungspflichtigen erteilt, so hat im Fall der erfolgreichen Beschwerde eines Beteiligten der Anwalt auf Grund des Anwaltsdienstvertrages den Schaden zu tragen, weil er die Genehmigung nicht rechtzeitig beschafft hat.

Schließlich ist der Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 (RGBl. I, 1709) zu gedenken: Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken hat das Vollstreckungsgericht Gebote zurückzuweisen, wenn Anlaß zu der Annahme besteht, daß der Bieter Jude ist. Die Zurückweisung verliert ihre Wirkung, wenn der Bieter sofort widerspricht (§ 72 Abs. 2 ZwVerstG.) und wenn er nachweist, daß er kein Jude ist (§ 7 VO.). Der vertretende Anwalt ist schadenersatzpflichtig, wenn er für diesen Nachweis nicht beizeiten Vorsorge getroffen hat.

Kein Konkurrenzfall liegt vor, wenn der Richter das Vollstreckungsverfahren angeordnet hat auf Grund einer Vollstreckungsklausel, die ein Notar erteilt hat, obwohl er in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt vom Gläubiger bereits den Auftrag zur Vertretung im Vollstreckungsverfahren erhalten hatte. Hier liegt eine einseitige Amtspflichtverletzung des Notars vor; denn ein Notar, der gleichzeitig Prozeßbevollmächtigter des Gläubigers ist, ist kraft Gesetzes von der Erteilung der Klausel ausgeschlossen (§ 6 FGG.; Art. 84 PrFGG.; RGZ. 145, 311 = JW. 1934, 3277; KG.: DNotZ. 1915, 214). Der Richter hat lediglich die Ordnungsmäßigkeit des Titels nebst Klausel zu prüfen. Bei formeller Richtigkeit des vollstreckbaren Titels ist die Anordnung des Vollstreckungsverfahrens rechtswirksam. Erst nach erfolgreicher Mängelrüge des Schuldners bei dem Bezirksamtsgericht des Notars (§ 797 Abs. 3 ZPO.) ist das Verfahren auf Kosten des betreibenden Gläubigers aufzuheben. Da hier ein Verschulden des Richters nicht in Frage kommt, hat diese Kosten und den Schaden aus der Verzögerung des Verfahrens (Fortlauf des Zahlungsverzuges, Konjunkturverschlechterung, Verlust eines Ausbietungsgaranten u. dgl.) nur der Anwaltsnotar zu tragen.

II.

Daß das vorstehend kurz beleuchtete weitgehende Einstehenmüssen des Rechtsanwalts für grobe Versehen des Richters kaum dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht, erhellt aus der Tatsache, daß in den vorgetragenen sowie in vielen anderen ähnlich gelagerten Fällen die Klage nicht gegen den Anwalt, sondern gegen den Staat gerichtet war.

Mit der Klagerhebung allein gegen den Staat ist aber hier wiederum die Gefahr der Verjährung jedes Ersatzanspruchs überhaupt verknüpft. Denn die dreijährige Verjährungsfrist für den Ersatzanspruch gegen den Richter beginnt zwar erst mit der zweifelsfreien Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers zu laufen (§ 852 BGB.; RG.: JW. 1935, 3220; KG. v. 30. Nov. 1936: JW. 1937, 239); die fünfjährige Verjährungsfrist gegen den Anwalt aus dem Anwaltsdienstvertrag beginnt aber bereits mit dem Zeitpunkt der ersatzpflichtigen Pflichtverletzung ohne Kenntnis des Ersatzanspruchs (§ 37 RAO.; RGZ. 90, 84; RGUrt. v. 15. März 1935; JW. 1935, 2276). Will der Geschädigte der Verlustgefahr entgehen, dann muß er ungeachtet der Kosten schon beim Vorhandensein der bloßen Möglichkeit eines nur geringen Versehens des Anwalts diesen verklagen und zwecks Unterbrechung der Amtspflichtverjährung dem Staat den Streit verkünden (§ 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB.).

Dieser Doppelweg ist nur dann vermeidbar, wenn die Haftung des Rechtsanwalts im Hinblick auf seine Zahlungsunfähigkeit praktisch ausscheidet. Denn es ist belanglos, ob die Ersatzpflicht des Dritten an Gründen rechtlicher oder tatsächlicher Art scheitert (RGWarn. 1917 Nr. 178). Alsdann verbleibt es bei der Haftung des Staates. Zur Begründung dieser einseitigen Klage genügt es, dem Erkenntnisrichter auf irgendeine Weise die Unmöglichkeit des Ersatzes durch den Dritten darzutun; eine vorherige Klage oder Vollstreckung gegen den Dritten ist keineswegs immer erforderlich (RGZ. 96, 168; JW. 1926, 2284). Jedenfalls umfaßt der Tatbestand der Staatshaftung wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzungen stets auch die rechtliche Negative, daß kein anderer Ersatzpflichtiger vorhanden ist!

III.

Der Umfang des Schadenersatzes richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 f. BGB.: Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Für den Zeitpunkt der Schadenbemessung ist regelmäßig der Zeitpunkt der Urteilsfällung in der letzten Tatsacheninstanz maßgeblich. Bei mitwirkendem Verschulden des Geschädigten ermäßigt sich der Ersatzanspruch nach dem Schuldabwägungsverhältnis des § 254 BGB.; jedermann hat z. B. eine ihm zugegangene amtliche Mitteilung auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen (RGZ. 138, 114 = JW. 1933, 1188[9]). Im übrigen bildet ein privater Schadenversicherungsanspruch des Geschädigten einen befreienden Ersatz im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. (RGZ. 138, 209 = JW. 1933, 778[10] [m. Anm.]; RGZ. 145, 56 = JW. 1934, 2543[4]).

Als Gerichtsstand des Rechtsanwalts für Klagen aus dem Anwaltsdienstvertrag kommt nur der seines Wohnsitzes in Betracht (§ 13 ZPO.).

IV.

Für den Haftpflichtversicherer bedeutet die Verschuldenskonkurrenz zwischen Richter und Rechtsanwalt eine Szylla und Charybdis. An Stelle des Amtshaftungsrisikos tritt das der Anwaltshaftpflicht oder umgekehrt.

Versicherungsfall ist nicht das die Haftpflicht auslösende Schadenereignis, sondern jede Art ernstlicher Geltendmachung des Haftpflichtanspruchs gegen den Versicherten wegen eines in die Versicherungsvertragszeit fallenden versicherten Schadenereignisses, unbeschadet des zur Zeit der Geltendmachung etwa bereits beendeten Versicherungsverhältnisses (RGZ. 152, 235 = JW. 1937, 301[5] [mit Anm.] Berichtigung = JW. 1937, 432; OLG. Düsseldorf: JW. 1936, 1389).

Die zweijährige Verjährungsfrist des Versicherungsanspruchs selbst beginnt erst mit Ablauf des Jahres der Geltendmachung des Haftpflichtanspruchs (§ 12 Abs. 1 VVG.; RGZ. 150, 227 = JW. 1936, 1834[10]). Auf eine vertragliche Ausschlußfrist für die Erhebung des Versicherungsanspruchs kann sich der Versicherer bei genügender Entschuldigung des Versicherungsnehmers nicht berufen. Bei Verzögerung der Versicherungsleistung hat der Versicherer einen besonderen Verzugsschadenanspruch zu gewärtigen (RGUrt. v. 12. Nov. 1937: JW. 1938, 379).

Aus der Praxis der Versteigerungs-Preisstopverordnung vom 6. April 1938

Von Landgerichtsrat Dr. Horst Rühling, Dresden

I.

War zunächst einige Zeit unklar, ob und gegebenenfalls wie die Preisstopvorschriften in der Liegenschaftszwangsversteigerung anzuwenden seien, so ist schließlich durch die Verordnung über die Zurückweisung von Geboten in der Zwangsversteigerung v. 6. April 1938 (RGBl. I, 374) — kurz „Versteigerungs-PreisstopVO." — eine grundsätzliche Klärung herbeigeführt worden.

Für den Regelfall einer Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens — d. h. also gegenständlich für die Versteigerungsgebote — gibt diese Verordnung eine Sondervorschrift, die wenigstens jede unmittelbare Anwendung der allgemeinen PreisstopVO. (= Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 [RGBl. I, 955]) ausschließt. Die Besonderheit beruht bei der VO. v. 6. April 1938 im Verfahren einerseits und im Maßstabe andererseits.

Das Verfahren ist durch die verantwortliche Einschaltung des Vollstreckungsgerichts gekennzeichnet, die sich (je nach der Sachlage) teils als volle Ausübung der Zuständigkeit und teils als bloße Vorschaltung vor die Preisbildungsbehörde auswirkt. Das Versteigerungsgericht „hat" offensichtlich übersetzte Gebote (in nachstehend dargelegtem Sinne) „zurückzuweisen". Findet das Vollstreckungsgericht keinen Anlaß zu einer Gebotszurückweisung, so bewendet es hierbei endgültig; die Preisbildungsbehörde kommt in diesem Falle überhaupt nicht zu Spruch. Weist das Vollstreckungsgericht ein preisbeanstandetes Gebot zurück, so kommt es ganz darauf an, ob der Zurückweisung vom Bieter oder von einem Beteiligten sofort widersprochen wird oder nicht: eine unwidersprochen hingenommene Gebotszurückweisung des Vollstreckungsgerichts wird endgültig (keine Nachprüfung durch die Preisbildungsbehörde); dagegen eröffnet der sofortige Widerspruch die Anrufung der (einzig in diesem letzteren Falle zur endgültigen Stopentscheidung berufenen) Preisbildungsbehörde.

Der Maßstab ist zum mindesten für das Versteigerungsgericht aufgelockert: Dieses hat nur die Gebote zurückzuweisen, die „offensichtlich" den beim freihändigen Erwerb zulässigen — zur Zeit nach der allgemeinen PreisstopVO. zu berechnenden — Preis übersteigen. Damit sollte nach der authentischen Auslegung der AV. des RJM. v. 6. April 1938 (DJ. 1938, 577) dem Versteigerungsgericht nicht allein eine erleichterte Prü-

fungsmethode an Hand gegeben werden (daß nämlich der übersetzte Preis „auf Grund der vorliegenden Unterlagen ohne weiteres erkennbar" sein müsse), sondern gleichzeitig auch ein weniger strenger Maßstab (Gebotszurückweisung nicht bei jeder, sondern erst bei „wesentlicher" Überschreitung). Wenn freilich eine Sache einmal vor die Preisbildungsbehörde gelangt — vgl. den oben zuletzt hervorgehobenen Fall —, so hat diese ihrerseits dann einzig und unmittelbar auf Grund der allgemeinen PreisstopVO. zu entscheiden; für sie gilt die nur dem Vollstreckungsgericht nachgelassene maßstäbliche Erleichterung nicht; andererseits ist auch nur sie allein überhaupt in der Lage, eine ausnahmsweise Überschreitung des Stoppreises auf Grund von § 3 der allgemeinen PreisstopVO. vom 26. Nov. 1936 zu genehmigen (vgl. zu letzterem: Pohle bei Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht", II b 9 S. 59 Anm. 7; Lampe: JW. 1938, 1082/83).

II.

Die VO. v. 6. April 1938 regelt das Kräfteverhältnis zwischen Versteigerungsgericht und Preisbildungsbehörde nicht abschließend. In Wirklichkeit spielt die Preisbildungsbehörde auch fürs Versteigerungsverfahren praktisch eine viel größere Rolle, als man nach dem gesetzlichen Wortlaut annehmen sollte.

1. Die Gefahr einer Preisbeanstandung seines Gebotes durch das Versteigerungsgericht ist für den Bieter — zumal wenn er finanzielle Vorkehrungen treffen muß — etwas so Mißliches, daß er oft auf frühere Klärung drängt. In dieser Hinsicht wird allgemein anerkannt, daß sich ein Bietungslustiger auch bereits für sein beabsichtigtes Gebot im vorhinein die Genehmigung der Preisbildungsbehörde beschaffen kann (vgl. den vorletzten Satz der Amtlichen Begründung: DJ. 1938, 577: „Daß Gebote, für die eine Genehmigung der zuständigen Preisbildungsbehörde bereits vorliegt, nicht zurückzuweisen sind, bedarf keiner näheren Ausführung." Vgl. hierzu auch Pohle a. a. O. S. 56 Vorbem. 4 und S. 60 Anm. 11 sowie Lampe: JW. 1938, 1082). Eine solche Genehmigung wird wohl gewöhnlich vorsorglich sogleich „bis zur zulässigen Gebotshöchstgrenze" überhaupt eingeholt werden, so daß alsdann die Preisbildungsbehörde jene Höchstgrenze — und zwar einzig und unmittelbar nach den Vorschriften der allgemeinen PreisstopVO. (vgl. oben I) — feststellen und in ihrer „Blankettgenehmigung" einsetzen muß. Das Versteigerungsgericht kann dann ein durch solch öffentliche Blankettgenehmigung gedecktes Gebot keinesfalls zurückweisen. Stellt die in der Blankettgenehmigung genannte Ziffer wirklich den Stoppreis dar (und nicht etwa bloß die Genehmigung eines von vornherein begrenzten Bietungsinteresses), so wird damit auch für das Versteigerungsgericht die Grenze absolut „offensichtlich"; und in diesem Falle — wo die an sich berufenere Stelle bereits gesprochen hat — ist dem Versteigerungsgericht auch ohne Rücksicht auf sonstige Unterlagen jede darüber hinausgehende Großzügigkeit versagt; d. h. das Gericht darf solchenfalls nicht einmal mehr kleinere Überschreitungen zulassen, sondern ist streng an die bereits amtlich gestopte Grenze gebunden.

2. Was einem Bietungslustigen recht ist, muß dem Vollstreckungsgericht selbst billigerweise auch zugestanden werden. Sieht das Vollstreckungsgericht einen Kampf um das Grundstück kommen und bieten seine Unterlagen ihm keinen rechten Anhalt, so wird es auch von sich aus im vorhinein zum mindesten eine Stellungnahme der Preisbildungsbehörde einholen dürfen. Darauf, daß das Gericht von dieser Möglichkeit nur in Sonderfällen Gebrauch macht, wird man vertrauen dürfen. Es wäre aber bedenklich, dem Versteigerungsgericht diese Möglichkeit vollends zu versagen; denn dann würde das Gericht praktisch höchstens auf einen Umweg gedrängt: es könnte einen ihm bekannten Bietungslustigen zur Einholung der Blankettgenehmigung veranlassen und die Preisbildungsbehörde müßte aus diesem Anlaß ganz bestimmt zur Feststellung des Stoppreises schreiten. Wenn das Gericht einmal die Stellungnahme der Preisbildungsbehörde einholt, so ist es dann freilich an deren Inhalt ebenso gebunden wie im obengenannten Falle einer Blankettbietungsgenehmigung (II 1).

3. Oft wird auch die Preisstopfrage akut, ohne daß oder ehe es zum Versteigerungstermine kommt, namentlich bei gütlichen Versuchen zur Beilegung des Verfahrens (mögen sie nun außergerichtlich oder bei Prüfung der Einstellungsfrage aus der VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933 im Zuge der AV. des RJM. v. 3. Jan. 1935: DJ. S. 45 erfolgen). Auch hier kommt einzig und unmittelbar nur die allgemeine PreisstopVO. zur Anwendung. Das Verfahren wird dabei keine Schwierigkeit bieten, soweit die Beteiligten ohnehin zu einer festen Vereinbarung über Freihandverkauf oder Abschichtung eines Miterben gelangen. Mitunter will aber bei der Teilungsversteigerung der ausscheidende Beteiligte gerade den ihm nicht bekannten, äußerst zulässigen Höchstpreis (Stoppreis) zugrunde gelegt haben — insbesondere bei zukunftsreichem Gelände, z. B. Bauland. Letzterenfalls muß sich die Preisbildungsbehörde auf Antrag eines Beteiligten auch einmal zu einer blankettmäßigen Vorausgenehmigung des Veräußerungs- oder Abschichtungspreises herbeilassen. Am Widerstand der Preisbildungsbehörde könnte sonst womöglich hier die ganze gütliche Regelung — durch die eine Versteigerungsdurchführung gerade vermieden werden soll — scheitern, und fürs anschließende Versteigerungsverfahren müßte sich die Preisbildungsbehörde ohnehin zu einer Blankettbietungsgenehmigung verstehen. Gerade bei der Teilungsversteigerung besteht — wenn mehrere Beteiligte Interesse am Grundstück haben — die Gefahr einer Übersteigerung, und hier ist dann selbst ein gütlicher Ausgleich oft nur auf der äußersten Stopgrenze zu erreichen. Bei Ermittlung dieser Stopgrenze zwecks gütlicher Beilegung des Versteigerungsverfahrens darf die Preisbildungsbehörde ihre Mithilfe nicht versagen; sonst müßte eben ein Beteiligter unter einstweiligem Abgehen vom Einigungsversuch um Blankettbietungsgenehmigung nachsuchen und könnte jedenfalls auf diesem Umwege eine amtliche Klärung des Stoppreises erzwingen.

4. Eine sehr heikle Frage bleibt, ob die Preisbildungsbehörde auch von sich aus — insbesondere zur Wahrung der öffentlichen Belange — die Initiative ergreifen kann. Es ist dies natürlich nur auf dem Wege über das Versteigerungsgericht überhaupt denkbar, und man muß hierbei unterscheiden zwischen der Zeit bis zur Abhaltung des Versteigerungstermins und der späteren Zeit. Bis zur Abhaltung des Versteigerungstermins könnte die Preisbildungsbehörde zweifellos im vorhinein maßgeblichen Einfluß nehmen; wenn sie nämlich dem Versteigerungsgericht ihre Stellungnahme mitteilt, so macht sie damit die Stopgrenze für das Gericht absolut „offensichtlich", und die Auswirkung ist genau die gleiche wie im Falle einer Blankettbietungsgenehmigung (oben II 1, vgl. auch II 2). Ob in der Zeit zwischen Versteigerungstermin und Zuschlagserteilung sowie gegebenenfalls auch noch im Zuschlagsbeschwerdeverfahren ein solcher mittelbarer Einfluß — abgesehen also vom oben I besprochenen Falle des Absatzes 2 der VO. v. 6. April 1938 (Anrufung der Preisbildungsstelle gegen eine auf Widerspruch gestoßene Gebotszurückweisung) — möglich ist, hängt von der allgemeinen Vorfrage ab, wann die Preisprüfung des Versteigerungsgerichts überhaupt abschließt.

5. Über diese letztere Frage läßt sich weder die VO. v. 6. April 1938 noch auch die AV. des RJM. vom gleichen

Tage (DJ. 1938, 577) aus. Sie ist also der Praxis und der Wissenschaft überlassen geblieben und wird hier recht verschieden beantwortet. Manche wollen der gesetzlichen Regelung als Grundsatz entnehmen, daß die Prüfung des Versteigerungsgerichts überhaupt nur sogleich bei Gebotsabgabe im Versteigerungstermine selbst vorgenommen werden könne und daß eine spätere Überprüfung — insbesondere im Zusammenhang mit dem Zuschlage — ausgeschlossen sei (so Pohle a. a. O. S. 58 Anm. 4 und Armstroff: DJ. 1938, 720). Hingegen ist Lampe: JW. 1938, 1082 der Ansicht, daß insoweit die allgemeinen Vorschriften des ZwVerstG. Geltung haben, die dem Versteigerungsgericht bei der Entscheidung über die Zuschlagserteilung eine nochmalige Prüfung auferlegen. Die Ausführungen Lampes sind zwar nur an Hand des Falles entwickelt worden, daß der Gebotszulassung widersprochen worden war; sie bleiben aber — angesichts des für anwendbar gehaltenen allgemeineren Gesichtspunktes — auch von allgemeiner Bedeutung. In diesem weiten Sinne halte ich jenen letzteren Standpunkt für durchschlagend. Die VO. v. 6. April 1938 hätte eine maßgebliche Abweichung von den allgemeinen versteigerungsrechtlichen Grundsätzen — in die sie sich doch gerade eingliedern will — ausdrücklich verfügen müssen. So aber ist die VO. v. 6. April 1938 einfach als ein Sonderfall des § 71 Abs. 1 in Verbindung mit § 72 Abs. 2 ZwVerstG. aufgezogen, wobei das offensichtliche Überbieten des Stoppreises als von Amts wegen zu beachtende Unwirksamkeit des Gebotes angesehen wird. Für den Bereich des § 71 Abs. 1 ZwVerstG. wird ganz allgemein anerkannt, daß das Versteigerungsgericht endgültig erst in der Zuschlagsentscheidung darüber befindet, ob ein nicht zurückgewiesenes und nicht anderweit erledigtes Gebot wirksam oder unwirksam ist (vgl. RGZ. 54, 310), und auf diese Frage kann schließlich auch nach §§ 81 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZwVerstG. sogar eine Zuschlagsbeschwerde gestützt werden (zu den von Amts wegen zu beachtenden Beschwerdegründen der §§ 100 Abs. 3, 83 Ziff. 6 ZwVerstG. zählen aber solche Verstöße nicht). Es ist nicht einzusehen, warum diese Grundsätze für den Bereich der Versteigerungs-PreisstopVO. nicht passen sollten. Natürlich muß man sinngemäß bei solch nachträglicher Preisbeanstandung des Gebotes im Zuschlagsverfahren dem betreffenden Bieter die Möglichkeit geben, vor der Zuschlagsentscheidung die Stellungnahme der Preisbildungsbehörde herbeizuführen (Lampe: JW. 1938, 1082). Aber grundsätzlich ist die vom Versteigerungsgericht — der ersten Instanz — sogar von Amts wegen zu beachtende Unwirksamkeit eines Versteigerungsgebotes auch hier wichtig genug, daß die letzte Nachprüfung dieser Frage im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung gerechtfertigt bleibt. Es wird sich ohnehin nur um wenige Ausnahmefälle handeln, in denen der Versteigerungsrichter ein ursprünglich — trotz oder ohne Widerspruch — zugelassenes Gebot bei nachträglicher Erwägung im Preise zu beanstanden findet; es wird sich meist darum handeln, daß ein junger oder nur vertretungsweise tätiger Richter die VO. v. 6. April 1938 zunächst überhaupt übersehen hatte oder daß nachträglich neue Gesichtspunkte aufgetaucht sind oder daß schließlich die Preisbildungsbehörde irgendwie Kenntnis von der Gebotshöhe erhalten und nachträglich Bedenken dagegen geäußert hat. Soll man hier wirklich den Versteigerungsrichter — entgegen den allgemeinen Regeln — bei seiner Terminsstellungnahme festhalten? Das hieße in der Tat, die Versteigerungswiederholung für eine größere Gefahr zu halten, als die sachgemäße Amtsberücksichtigung eines starken öffentlich-rechtlichen Unwirksamkeitsgrundes und als die womöglich drohenden Haftungsansprüche.

III.

Die Versteigerungs-PreisstopVO. läßt ein Problem aufleuchten, dem bisher kaum einmal entscheidende praktische Bedeutung zukam: das Doppelgebot. Wenn ein Grundstück auf besonderes Interesse stößt (insbesondere bei Teilungsversteigerung oder Versteigerung eines landwirtschaftlichen Grundstückes), so spielt sich der Kampf mitunter in der Weise ab, daß im voraus Blankettbietungsgenehmigungen eingeholt werden und daß nach Aufforderung zur Gebotsabgabe von mehreren Seiten gleichzeitig der Stoppreis geboten wird. Der früher regelmäßig eröffnete Ausweg, die Ausscheidung durch Übergebot herbeizuführen, ist jetzt schlechthin versperrt. Der Versteigerungsrichter kommt darum jetzt öfters in die Lage, über diesen im ZwVerstG. nicht ausdrücklich geregelten Konfliktsfall zu entscheiden. Es wird praktisch zweckmäßig sein, das Doppelgebot nicht für schlechthin unwirksam, sondern für eine Mehrheit gleichermaßen wirksamer Gebote zu halten, zwischen denen nach dem Vorbilde des früheren sächsischen Rechts die Auswahlentscheidung durch das Los getroffen werden muß (so auch Reinhard-Müller, Kommentar, 3./4. Aufl., Anm. II 3 b zu § 71; Jaeckel-Güthe, 7. Aufl., Anm. 5 zu § 74). Jede andere Meinung wäre heute praktisch unhaltbar, zumal auch bei wiederholter Versteigerung kaum eine andere Lage zu erwarten stände und somit der Konfliktsfall (sehr zur Freude des abgewirtschafteten Schuldners) unlösbar chronisch bliebe.

IV.

Bei der Teilungsversteigerung braucht man es übrigens in gewissen Fällen gar nicht erst bis zum Doppelgebote kommen zu lassen. Sieht man hier den Kampf ums Grundstück kommen, so wird man bereits im richterlichen Sühnetermin auf Grund der AV. des RJM. v. 3. Jan. 1935 (DJ. S. 45) durch Hinweis auf jene rein zufallsmäßige Endlösung durchs Los vielleicht eine gütliche Regelung mehr nach sachlichen Gesichtspunkten anstreben und erreichen können. Liegt der Fall freilich gar überhaupt so, daß der betreibende Gläubiger vollends darauf ausgeht, das Grundstück um jeden Preis an sich zu bringen, so kann man unter Umständen eine Verfahrenseinstellung nach § 9a VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933 in Erwägung ziehen: wenn nämlich die übrigen Miterben bereit und imstande sind, den Antragsteller auf der Grundlage des Stoppreises abzuschichten; denn damit wird dem betreibenden Miterben im praktischen Ergebnis das geboten, was er auch im Auseinandersetzungswege nicht besser erreichen könnte. Ein Antragsteller, dem es freilich überhaupt nicht auf jenen höchstzulässigen Versilberungswert seines Gesamthandanteils, sondern einzig und allein auf das Ansichbringen des Grundstücks ankommt, verkennt die eigentliche Zielsetzung der Teilungsversteigerung und hat kein bei der Entscheidung aus § 9a VollstrMaßnVO. als schutzwert anzuerkennendes Interesse. Während also bisher § 9a jener VO. praktisch vor allem für den umgekehrten Fall Geltung hatte, daß ein Miterbe das Grundstück möglichst billig an sich bringen wollte, ergibt sich nun infolge der Preisstop-Gesetzgebung gelegentlich auch der gegenteilige Anwendungsfall, daß einem das Teilungsverlangen stellenden Miterben der höchstzulässige Versilberungswert seiner Gesamthandbeteiligung geboten werden kann und soll, von ihm jedoch abgelehnt wird.

V.

Eine besondere Erwähnung erfordert die Versteigerung landwirtschaftlicher Grundstücke in einer Größe über 2 ha. Hier bedürfen die Gebote nach § 2 Abs. 2 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 35) regelmäßig einer besonderen Vorausgenehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde. Ist diese Genehmigung völlig als Blankett erteilt, so gilt für die Anwendung der Versteigerungs-PreisstopVO. nichts Besonderes; d. h. auch hier hat das Versteigerungsgericht die Stopgrenze von sich aus zu beachten, auch hier sind alle obenerwähnten Formen einer Entschei-

dung der Preisbildungsbehörde offen. Es kommt aber häufig vor — und dies ist bei der Zusammenfassung von Funktionen aus der Versteigerungs-PreisstopVO. und aus der Grundstücksverkehrsbekanntmachung bei derselben Verwaltungsbehörde kein Wunder —, daß die nach § 2 Abs. 2 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung eingeholte Bietungsgenehmigung zugleich eine Bietungsgrenze enthält. Eine solche Bietungsgrenze findet sich oft fälschlich als „Auflage" bezeichnet. Eine „Auflage" im Sinne von § 2 Abs. 4 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung ist eine Vorschrift allein für den Bieter, die ihrerseits das Versteigerungsverfahren und die Wirksamkeit des Gebotes überhaupt nicht berührt und deren Erfüllung auf andere Weise — nämlich durch die Strafdrohung des § 9 der Grundstücksverkehrsbekanntmachung — sichergestellt ist (vgl. Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht" III b 58 S. 12 Anm. 10 zu § 2 der genannten Bekanntmachung). Dagegen beurteilt sich eine Bietungsgrenze rechtlich als Genehmigungsbegrenzung, die vom Versteigerungsgericht zu beachten bleibt und bei deren Überschreitung das Gebot unwirksam ist. Eine solche Genehmigungsbegrenzung wird regelmäßig unter dem Gesichtspunkte oder zum mindesten unter Beachtung der Preisstopvorschriften erfolgt sein („kombinierte" Vorausgenehmigung im Sinne sowohl der Grundstücksverkehrsbekanntmachung wie auch der Versteigerungs-PreisstopVO.). Daraus ergibt sich, daß ein innerhalb der Grenze gehaltenes Gebot nicht zurückgewiesen werden darf (Amtliche Begründung: DJ. 1938, 577 letzter Satz). Sind Bietungsgenehmigungen teils begrenzt, teils unbegrenzt erteilt worden, so wird das Versteigerungsgericht zu prüfen und unter Umständen durch Rückfrage zu klären haben, worauf jene unterschiedliche Handhabung beruht und ob die Grenze insbesondere aus Preisstop- oder aus anderen Gründen gesetzt wurde (für die Genehmigungserteilung aus der Grundstücksverkehrsbekanntmachung spielen immerhin auch persönliche Verhältnisse des Bieters eine gewisse Rolle, so daß sich die unterschiedliche Handhabung auch aus anderen als Preisstopgründen erklären könnte). Daß es gerade im Rahmen der Grundstücksverkehrsbekanntmachung die Genehmigungsbehörde bis zu einem gewissen Grade in der Hand hat, durch — personell oder inhaltlich — beschränkte Genehmigungserteilung maßgeblichen Einfluß auf den Gang des Versteigerungsverfahrens zu gewinnen, ist nicht zu verkennen (vgl. Pfundtner-Neubert III b 58 S. 12 Anm. 10 zu § 2 der Bekanntmachung); es ist dies aber ein Umstand, dem mit Mitteln des ZwVerstG. nicht zu begegnen ist. Jedenfalls steht dem Versteigerungsgericht die selbständige Nachprüfung der Zweckmäßigkeit von Genehmigungserteilungen, Genehmigungsbegrenzungen und Auflagen der Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht zu. Auch kann die Wirksamkeit eines ordnungsgemäß genehmigten Meistgebots nicht etwa durch die Erwägung zu Fall gebracht werden, daß ein besseres Versteigerungsergebnis erzielt worden wäre bei Zulassung anderer Bieter oder bei unbeschwerter Genehmigungserteilung (Beschluß 6 W 537/38 des OLG. Dresden v. 21. Dez. 1938).

Mietvertrag und Hausgemeinschaft in der Rechtsprechung

Von Arnold Heining, Königslutter

Das Miet- und Wohnrecht stand früher im Brennpunkt der sozialen und wirtschaftspolitischen Machtkämpfe. Das nationalsozialistische Rechtsdenken mußte ein solches Mietrecht von Grund auf umgestalten. An die Stelle der bisherigen Grundsätze trat der neue Zentralbegriff der Gemeinschaft. Das rechtlich sanktionierte Spannungsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter wurde von der Forderung nach einer vertrauensvollen Zusammenarbeit abgelöst. Schon rein äußerlich trat dies in der Einigung zwischen dem Zentralverband der deutschen Haus- und Grundbesitzer und dem Bund deutscher Mietervereine in Erscheinung. Beide arbeiteten gemeinsam den Einheitsmietvertrag[1]) aus, der in seinem § 7 bestimmt: „Vermieter und Mieter versprechen, im Haus sowohl untereinander wie mit den übrigen Mietern im Sinne einer vertrauensvollen Hausgemeinschaft zusammenzuleben und zu diesem Zwecke jede gegenseitige Rücksicht zu üben." Damit hatte sich abseits vom BGB. eine volkstümliche Rechtsanschauung durchgesetzt und unmittelbar rechtsgestaltend gewirkt[2]).

Die Rechtsprechung hat an dieser Neuorientierung keinen geringen Anteil. Nach dem Mietrecht des BGB. ergeben sich gegenseitige Ansprüche zwischen Vermieter und Mieter nur, soweit die Mietsache in Frage steht. Persönliche Beziehungen zwischen den Vertragsteilen konnten nach seiner Grundtendenz keinen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ausüben. Das BGB. kennt infolgedessen auch eine fristlose Kündigung wegen solcher persönlicher Beziehungen nicht. Doch schon im Jahre 1918 räumte das RG. für besondere Ausnahmefälle auch den persönlichen Beziehungen der Vertragsteile bestimmenden Einfluß auf das Vertragsverhältnis ein[3]). Es ließ eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses aus persönlichen Gründen für Ausnahmefälle zu, wenn besondere vertragliche Beziehungen ein dauerndes persönliches Zusammenarbeiten der Vertragsteile notwendig bedinge. Damit war der erste Einbruch in die schuldrechtlich individualistische Grundauffassung des Mietrechts vollzogen. Die Weiterentwicklung in den Nachkriegsjahren war zwangsläufig. Die überhandnehmende Wohnungsnot hatte eine weitgehende Ausschaltung des Parteiwillens zur Folge. Die Lösung der Mietverträge wurde erschwert und zeitweise ganz untersagt. Die Festsetzung des Mietzinses wurde scharf kontrolliert. Immer merklicher wurde der öffentlichrechtliche Einschlag auf einem Gebiet, das ursprünglich rein privatrechtlich begrenzt sein sollte. Es wurde offenbar, daß die Auffassung, die der Regelung des Mietrechts im BGB. zugrunde liegt, mit der Wirklichkeit im Widerspruch steht. Durch das erwähnte RGUrteil war anerkannt, daß der Mietvertrag nicht nur Beziehungen zu der gemieteten Sache schafft. Im Urteil v. 17. Okt. 1935 bestätigte das RG. diese Ansicht[4]). Es erkennt grundsätzlich an, daß erhebliche Störungen der persönlichen Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter eine Störung der Vertragsgrundlage und des Vertragszwecks bedeuten, und daß solche Störungen auch vom Recht beachtet werden müssen. Freilich zögerte die Rechtsprechung zunächst noch, ihre Entscheidungen von dem geforderten neuen Ausgangspunkt, der vertrauensvoll zusammenarbeitenden Hausgemeinschaft direkt abzuleiten. Man versuchte vielmehr, die für das Arbeitsverhältnis ausgearbeiteten Rechtsprechungsgrundsätze auch auf das Mietverhältnis anzuwenden und gelangte durch ausdehnende und entsprechende Anwendung auch ohne un-

[1]) v. 4. März 1934: DJ. 1934, 304.

[2]) Vgl. Roquette, „Das Mietricht im Lichte des Gedankens der Volksgemeinschaft": JW. 1935, 1670 und seine Schrift: „Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete": Schriftenreihe der JW. Nr. 6.

[3]) Urt. v. 12. Dez. 1918: RGZ. 94, 235 = JW. 1919, 181.

[4]) RGZ. 149, 88; s. dazu Roquette: JW. 1936, 503.

mittelbare gesetzliche Stütze zu einem gerechten Ergebnis. Einfacher wäre es gewesen und die Begründung wäre volksnäher und deshalb richtiger ausgefallen, hätte man gleich die Hausgemeinschaft als rechtlichen Tatbestand angesehen[5]). Bei einem friedlichen Zusammenleben gleichgesinnter Volksgenossen in einem Hause — und von diesem Normalfall muß man immer ausgehen — entsteht die Hausgemeinschaft ganz von selbst. Sowohl zwischen Vermietern und Mietern, wie auch bei den Mietern untereinander. Man grüßt den Hausbewohner nicht nur, sondern hilft ihm auch, wenn es nottut. Oft schaffen auch die Kinder der einzelnen Familien eine nähere Bekanntschaft[6]). Die Benutzung der gemeinsamen Einrichtungen, wie Treppenhaus, Waschküche, Boden und Keller, erfordert sowieso ein gewisses Vertrauen, das sich die Parteien gegenseitig entgegenbringen müssen. Es geht einfach nicht, daß sich eine Partei eigenmächtig über Vertragsbestimmungen hinwegsetzt und nach ihrem Gutdünken handelt. Ganz besonders hat der Luftschutz im Wohnungsrecht neue Aufgaben im Gemeininteresse gestellt. Es sind Schutzkeller herzurichten. Die Dachböden sind von Gerümpel freizuhalten. Die Mieträume sind auf Anordnung abzublenden. Hier kann sich der Mieter nicht in seinem Eigennutz auf subjektive Vertragsrechte berufen. Das Interesse der Volksgemeinschaft steht höher als das Interesse des Mieters. — Unter Umständen kann der Gemeinschaftsgedanke Rechte und Verpflichtungen auch gegen den Wortlaut des Mietvertrages begründen[7]). Das Gemeinwohl kann z. B. die Untervermietung trotz vertraglichen Verbots zulässig machen[8]). Die Pflichten zu gegenseitiger Rücksichtnahme dauern auch nach Beendigung des Mietverhältnisses noch an. Der Vermieter kann verpflichtet sein, an Stelle des Mieters einen Ersatzmieter anzunehmen und nicht darauf zu bestehen, daß der Mieter die Wohnung bezahlt[9]). Ohne umständliche Begründungen kann man auch vom Gedanken der Hausgemeinschaft aus die Frage beantworten, wer Ansprüche aus dem Mietvertrag herleiten kann. Nach der auch vom RG. ständig vertretenen Ansicht haftet der Vermieter aus dem Mietvertrag nicht nur dem Mieter selbst, sondern auch dessen Familienangehörigen, die bei ihm wohnen. Er haftet dafür, daß die Mietsache, zu der auch die Zugänge des Hauses und ein etwa zur Wohnung führender Fahrstuhl gehören, sich in einem gefahrfreien Zustand befindet. Den Familienangehörigen werden hierbei gleichgestellt andere in den Hausstand des Mieters aufgenommene Personen, nicht aber nur tagsüber beschäftigte (wie z. B. die Reinemachefrau)[10]). Wiederholt ist die Frage aufgetaucht, ob auch der Gehilfe eines Mieters von Geschäftsräumen wegen Mängel der Mieträume gegen den Vermieter einen Anspruch aus dem Mietvertrag herleiten kann. Dies ist von großer Bedeutung, da der Vermieter bei dem Anspruch aus unerlaubter Handlung oft den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. führen wird. Das RG. hat eine Haftung aus dem Mietvertrag abgelehnt und nur in einem Falle anerkannt, wo der Gehilfe gleichzeitig der Sohn des Mieters ist[11]). Interessant ist festzustellen, aus welchen Gründen das RG. eigene Ansprüche zubilligt. Es hätte nahegelegen, hier das Vorliegen bzw. das Nichtvorliegen eines Gemeinschaftsverhältnisses zugrunde zu legen. Das RG. dagegen operiert hier mit einer ergänzenden Vertragsauslegung, die dahin gehen soll, daß die Vertragsteile bei Kenntnis der Gefahr auch für den Fall Sorge getragen hätten, daß ein Angehöriger Schaden durch die Beschaffenheit der Räume erleide. Mit Recht wendet sich Roquette gegen diese Begründung[12]). Wenn man tatsächlich eine solche Überlegung unterstellen wolle, so sei eher anzunehmen, daß in der Regel der Vermieter einer Ausdehnung seiner vertraglichen Haftungspflicht über die Person des anderen Vertragsteils hinaus widersprechen werde. Die Rechtsprechung müsse sich vielmehr auf den heute als maßgebend anerkannten Gemeinschaftsgedanken stellen. Dann aber würde man dem Betriebsgehilfen dieselbe Stellung und damit denselben unmittelbaren vertraglichen Anspruch auf gefahrenfreie Benutzung der gewerblichen Mieträume gewähren müssen, wie den Hausgenossen des Mieters einer Wohnung. Das KG. führt in einer neuen Entscheidung hierzu aus, dies treffe nur insoweit zu, als die Hausgenossen des Mieters durch die Hausgemeinschaft auch zu dem Vermieter in enge Beziehungen treten, nicht aber in der Regel für Personen, die der Mieter gewerblich beschäftige, da zwischen ihnen und dem Vermieter nur weniger enge Beziehungen als die der Hausgemeinschaft, wie sie bei Wohnungen bestehe, begründet würden[13]).

Die neue Ausrichtung des Mietrechts auf Grund der stärkeren Betonung der personenrechtlichen Beziehungen mußte sich vor allem auch da auswirken, wo deutsche Volksgenossen mit Juden in wohnrechtlicher Beziehung zusammenkamen. Die Rechtsprechung war zunächst uneinheitlich. Noch am 15. Okt. 1938 entschied das AG. Charlottenburg dahingehend, daß jüdische Mieter nicht auf Grund ihrer Rassenzugehörigkeit gekündigt werden könnten. Dagegen hat das AG. Halle am 18. Aug. 1938 die Anwendbarkeit des § 2 MietSchG. („Störung" der Hausgemeinschaft) bejaht[14]). Weitgehende Zustimmung fand ein Urteil des LG. Köln, das den Mieter für berechtigt erklärt, den Mietvertrag sofort zu kündigen, wenn der Hauswirt ihm und ohne sein Wissen auch gleichzeitig einem Juden eine Wohnung in demselben Hause vermietet hat[15]). In den Entscheidungsgründen führt das LG. zunächst den vom RG. ausgearbeiteten Gedankengang an. Es sei für die Miete die Geltung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes anzuerkennen, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, welche ein persönliches Zusammenarbeiten der Parteien und daher ein gutes Einvernehmen erforderten, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die Kündigung jederzeit erfolgen könne. Sodann bekennt es sich aber entschieden zu der neuen Auffassung vom Mietverhältnis und erklärt: „Das Mietverhältnis unterliegt heute ganz besonders der Idee der Hausgemeinschaft, welche für alle Mietverhältnisse rechtsgestaltende Kraft besitzt." Es müsse die Tatsache genügen, daß der betreffende Volksgenosse sich zum Rassenstandpunkt bekenne und deshalb das Zusammenwohnen mit Juden in einem Haus ablehne. Das LG. betont insbesondere die Selbstverständlichkeit einer solchen Einstellung. „Da der Rassegedanke die tragende Idee der nationalsozialistischen und ganz Deutschland beherrschenden Bewegung ist, stellt es keineswegs eine Sorg-

[5]) Peter und Malz, „Neuer Geist im Mietrecht": DR. 1937, 74 zu der Entsch. des LG. Königsberg: JW. 1937, 124.

[6]) Vgl. hierzu auch Hering-Hessel, „Mietrecht und Kinderreiche": DR. 1938, 113, mit der Forderung nach einem volksnahen Mietrecht, das die Wohnung als Heim der Familie anerkennt.

[7]) Linkhorst: JW. 1934, 2318.

[8]) LG. Rostock: DRZ. 1935 Nr. 392.

[9]) AG. Lübben: DRZ. 1934 Nr. 518.

[10]) Vgl. HöchstRRspr. 1937 Nr. 1218; JW. 1937, 2592; DRechtspfl. 1937 Nr. 475.

[11]) RG.: JW. 1935, 1768.

[12]) JW. 1935, 1768; 1938, 2596.

[13]) Urt. v. 21. Sept. 1938: HöchstRRspr. 1939 Nr. 138; JW. 1939, 287.

[14]) Hierzu und zu den ebenfalls die Kündigung rechtfertigenden Urteilen des AG. Berlin-Schöneberg v. 19. Okt. 1938 und des AG. Neukölln v. 13. Okt. 1938 siehe Köhler, „Wohngemeinschaft mit Juden?": DR. 1938, 512. K. bemerkt richtig, daß völkisch bewußte Deutsche schon von jeher eine solche Wohngemeinschaft mißbilligt haben und dem entgegenwirkten, sei es, daß sie als Mieter nicht in ein Haus zogen, in dem auch Juden wohnten, sei es, daß sie als Vermieter keinen Mietvertrag mit Juden schlossen, Adami: JW. 1938, 3217.

[15]) LG. Köln v. 11. Mai 1938: DJ. 1938, 907.

losigkeit des Beklagten dar, daß er seine Einstellung zum Rasseproblem dem Kläger gegenüber bei der Anmietung nicht hervorgehoben hat; denn für den Beklagten, der von der tragenden Idee des Rasseproblems in seiner Einstellung zu demselben nicht abweicht, bestand nicht die geringste Veranlassung, den Kläger als Vermieter nach etwas hiervon Abweichendem zu befragen. Das erstere mußte für den Beklagten etwas Selbstverständliches sein. Bei der überragenden Bedeutung, welche dem Rasseproblem in Deutschland eingeräumt ist, muß vielmehr dem Vermieter die Verpflichtung zugemutet werden, ohne Aufforderung darüber aufzuklären, ob in dem Hause, in dem er Räume vermietet, Nichtarier Räume innehaben werden, bzw. vor Abschluß eines Mietvertrages mit einem Nichtarier die übrigen Mieter von einer solchen Absicht vorher zu verständigen. Dies ist der Vermieter der Idee einer vertrauensvollen Hausgemeinschaft schuldig, da es für einen rassebewußten Volksgenossen subjektiv eine Gemeinschaft mit jüdischen Hausgenossen nicht gibt und vom nationalsozialistischen Standpunkt eine Hausgemeinschaft nur zwischen deutschen Volksgenossen oder Artverwandten anerkannt werden kann. Die Idee der Hausgemeinschaft gibt daher bereits nach geltendem Recht jedem deutschen Volksgenossen das Recht, das Zusammenleben mit Juden im gleichen Hause abzulehnen."

In ebenso bewußter Anwendung der neuen Rechtsgedanken entschied das AG. Nürnberg, daß eine gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft ihrer Zweckbestimmung zuwiderhandle, wenn sie bei Zeiten der Wohnungsknappheit ihre Wohnungen an Personen überlasse, die außerhalb der deutschen Volksgemeinschaft ständen, z. B. an Juden. Die Gesellschaft habe in einem solchen Fall aus dem dringenden Interesse, ihrer Zweckbestimmung zu genügen, gemäß § 4 MietSchG. zu kündigen[16]). Sie habe nach Namen und Bestimmung die Aufgabe, zum Nutzen der Gemeinschaft Wohnungen zu bauen und zu erhalten. Solange für den örtlichen in Frage kommenden Kreis von Volksgenossen Bedarf an Wohnungen sei, habe sie diesen und nur diesen ihre Wohnungen zur Verfügung zu stellen. Wenn sie eine ihrer Wohnungen an Personen überlasse, die außerhalb des Kreises der Volksgenossen stehen, dann handle sie damit nicht nur außerhalb ihres Aufgabenkreises, sondern gegen die ihr bei ihrer Zweckbestimmung obliegende Pflicht. Sie habe ein dringendes Interesse, eine solche Pflichtverletzung zu unterlassen und ihrer Zweckbestimmung nachzukommen.

Die angeführten Beispiele mögen genügen. Mit der reinlichen, auch räumlichen Scheidung zwischen Juden und deutschen Volksgenossen und der grundsätzlichen Wertung der personenrechtlichen Beziehungen ist die Rechtsprechung auf dem besten Wege, dem neuen Rechtsdenken auf dem Gebiete des Miet- und Wohnrechts Anerkennung zu verschaffen.

[16]) AG. Nürnberg v. 6. Mai 1938: DJ. 1938, 1162.

Die einkommensteuerliche Behandlung der bei Grundstücksenteignungen gewährten Entschädigungen

Von Regierungsrat Dr. Reinhard Kapp, Berlin

A. Allgemeines 146
B. 1. Entschädigungen an den Mieter oder Pächter des Grundstücks 146
a) Private Nutzung 146
b) Gewerbliche Nutzung 147
aa) Betriebsaufgabe 147
bb) Betriebsfortführung 147
2. Entschädigungen an den Eigentümer des Grundstücks 147
a) Private Nutzung 147
b) Gewerbliche Nutzung 147
aa) Veräußerung des Grundstücks ohne Betrieb (Betriebsfortführung). 147
bb) Veräußerung des Grundstücks mit Betrieb (Betriebsaufgabe) 148
c) Land- und forstwirtschaftliche Nutzung . . 148

*

A. Die militärischen, verkehrstechnischen und kulturellen Aufgaben, denen wir seit der Machtübernahme gegenüberstehen, bringen es mit sich, daß Grundstücke über die normalen Bewegungen auf dem Grundstücksmarkt hinaus ihren Eigentümer wechseln. Es kommt bei diesem Eigentumswechsel nicht immer zu einem förmlichen Enteignungsverfahren; vielmehr wird sich der Eigentümer des Grundstücks im Hinblick auf das ihm sonst drohende Enteignungsverfahren regelmäßig zu einem freihändigen Verkauf des Grundstücks entschließen. Durch den Eigentumswechsel wird vielfach nicht nur der Eigentümer selbst, der auf dem Grundstück z. B. einen gewerblichen Betrieb unterhält oder der es privat nutzt, sondern darüber hinaus auch derjenige betroffen, der das Grundstück oder Teile des Grundstücks zu privaten oder gewerblichen Zwecken gemietet oder gepachtet hat. Es werden also bei einer solchen Enteignung die verschiedenartigsten privaten und wirtschaftlichen Interessen berührt. Hieraus ergibt sich, daß die von der enteignenden Stelle gewährten Entschädigungen nicht einheitlich beurteilt werden können. Sie setzen sich vielmehr regelmäßig aus verschiedenen Bestandteilen zusammen und bedürfen zum Zweck der Prüfung der Einkommensteuerpflicht einer Untersuchung. Es sollen im Rahmen dieser Ausführungen nur die wesentlichsten Fälle behandelt werden.

B. Die anläßlich von Grundstücksenteignungen gezahlten Entschädigungen sind verschieden zu beurteilen, je nachdem es sich um den Eigentümer oder Mieter (Pächter) des Grundstücks handelt.

1. Wird der Mieter durch die Enteignung des Grundstücks betroffen und wird ihm deshalb eine Entschädigung gezahlt, so ist wiederum zu unterscheiden, ob er das Grundstück privat oder gewerblich genutzt hat.

a) Hat der Mieter das Grundstück privat, d. h. zu Wohnzwecken, genutzt, so besteht der Nachteil regelmäßig nur in den durch den Auszug zwangsläufig entstehenden Umzugskosten. Eine zum Ausgleich für diese Umzugskosten gewährte Entschädigung ist auch dann nicht einkommensteuerpflichtig, wenn und soweit sie die voraussichtlich entstehenden Umzugskosten übersteigt; denn einkommensteuerpflichtig sind nur solche Einkünfte, die sich unter eine der im § 2 Abs. 3 EinkStG. aufgezählten sieben Einkunftsarten einreihen lassen. Die Merkmale einer dieser sieben Einkunftsarten sind aber bei einer für Umzugskosten gewährten Entschädigung nicht erfüllt.

Wird dem Mieter außer dem Ersatz der Umzugskosten eine Entschädigung für die Aufgabe der gemieteten Räume gewährt, so ist diese Entschädigung nach § 22 Ziff. 3 EinkStG. einkommensteuerpflichtig, sofern sie den Betrag von 300 *RM* übersteigt. Die Bestimmung

des § 22 Ziff. 3 EinkStG. greift dann Platz, wenn es sich um Einkünfte aus Leistungen handelt, die derjenige vollbracht haben muß, dem die Einnahmen daraus zufließen[1]). In Anlehnung an das vom Gesetz genannte Beispiel der gelegentlichen Vermittlung ist die Aufgabe einer Wohnung als Leistung in diesem Sinn anzusehen[2]). Ist der Steuerpflichtige gezwungen, an Stelle der bisherigen Wohnung eine Wohnung mit höherem Aufwand zu mieten, so kann dieser Mehraufwand, wenn er nicht auf persönliche Bedürfnisse zurückzuführen ist, als Werbungskosten berücksichtigt werden[3]).

b) Hat der Mieter oder Pächter das Grundstück zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken benutzt, so ist die Rechtslage eine wesentlich andere. In derartigen Fällen entstehen nicht nur Umzugskosten, sondern darüber hinaus regelmäßig weitere Nachteile. Diese hängen davon ab, ob es sich bei dem betreffenden Betrieb um ein ortsgebundenes Unternehmen oder um ein solches Unternehmen handelt, das ebensogut in einer anderen Gegend betrieben werden kann.

aa) Betrieb der Steuerpflichtige auf dem Grundstück z. B. eine Bäckerei und wird er durch die Enteignung des Grundstücks gezwungen, diese Bäckerei aufzugeben, so ist die hierfür gezahlte Entschädigung, soweit sie nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Betriebsvermögens übersteigt, als ein Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EinkStG. anzusehen, wobei es gleichgültig ist, wenn der Steuerpflichtige in absehbarer Zeit unter Verwendung der Entschädigungssumme einen neuen Betrieb eröffnet[4]). Die Entschädigung ist in diesem Fall nach den ermäßigten Steuersätzen des § 34 EinkStG.[5]) zu versteuern. Wird ein Teil der Entschädigungssumme z. B. als Ersatz für entgehende Einnahmen gezahlt, so gehört auch dieser Teil zu dem Veräußerungsgewinn. Die Anwendung des § 24 EinkStG. entfällt, weil § 16 EinkStG. als Sondervorschrift den Vorrang vor § 24 EinkStG. hat[5a]).

bb) Betreibt der Steuerpflichtige dagegen auf dem Grundstück z. B. eine Großhandelsfirma, die er auf einem anderen Grundstück ohne Unterbrechung fortführen kann, so wird die Entschädigung nicht für die Aufgabe des Gewerbebetriebes, sondern lediglich mit Rücksicht auf die notwendige Verlegung der Geschäftsräume gewährt und unterliegt wie die sonstigen gewerblichen Einkünfte dem vollen Einkommensteuertarif. Die mit der Geschäftsverlegung verbundenen Unkosten sind als Betriebsausgaben abzugsfähig. Der Vorzugstarif des § 34 EinkStG. ist nicht anwendbar, weil es sich bei derartigen Entschädigungen um Einkünfte im Rahmen eines Gewerbebetriebes handelt[5b]).

Werden die geschäftlichen Möglichkeiten durch die Verlegung der Geschäftsräume ungünstiger und erhält der Steuerpflichtige zum Ausgleich dafür eine weitere Entschädigung, so kommt unter Umständen die Ansetzung eines Schuldpostens nach Art einer Wirtschaftserschwernis in Betracht. Die Möglichkeit der Berücksichtigung einer Wirtschaftserschwernis besteht nach der Rechtsprechung des RFH.[6]) dann, wenn dem Steuerpflichtigen eine Einnahme zugeflossen ist, der dauernde Nachteile gegenüberstehen. Würde steuerlich nur die Einnahme berücksichtigt, so würde das Gewinnergebnis unzutreffend sein. Der steuerliche Gewinnbegriff erfordert daher die Richtigstellung der Einnahme durch ein entsprechendes Passivum. Dieses Passivum kann so lange weitergeführt werden, bis der Nachteil, zu dessen Ausgleich es dient, fortgefallen ist. Eine Abschreibung auf das Passivum kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um Nachteile handelt, deren Dauer auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist. Die Ansetzung eines Schuldpostens würde m. E. z. B. in Betracht kommen können, wenn der Steuerpflichtige die Entschädigung dafür bekommt, daß er aus nicht in seinen persönlichen Bedürfnissen liegenden Gründen nunmehr Geschäftsräume mieten muß, die wesentlich teurer sind. Wenn die Dauer des Mietvertrages von vornherein feststeht, dann kommt auch eine der Mietdauer entsprechende Abschreibung des Schuldpostens in Betracht. Allein die Möglichkeit, daß das Unternehmen an dem neuen Geschäftsort zunächst weniger gut geht, kann zur Ansetzung eines derartigen Schuldpostens nicht genügen.

2. Während unter 1 die an den Mieter oder Pächter eines zu öffentlichen Zwecken benötigten Grundstücks gezahlten Entschädigungen behandelt sind, bedarf es nunmehr einer Prüfung der an den Eigentümer derartiger Grundstücke gezahlten Entschädigungen. Die Enteignungsentschädigung hat in diesem Fall stets den Charakter eines Veräußerungsentgeltes, zu dem auch nebenbei gewährte Entschädigungen für sonstige Nachteile zu rechnen sind. Es kommt auch bei den an den Eigentümer gezahlten Entschädigungen darauf an, ob dieser das Grundstück privat oder gewerblich usw. genutzt hat.

a) Im Fall einer privaten Nutzung des Grundstücks durch den Eigentümer wird die Entschädigung zunächst für die Veräußerung des Grundstücks gewährt. Der Einkommensteuer sind derartige Entschädigungen nicht zu unterwerfen; es handelt sich vielmehr lediglich um einen das Vermögen betreffenden Vorgang. Soweit über das reine Veräußerungsentgelt hinaus eine weitere Entschädigung für Umzugskosten gewährt wird, gelten die hinsichtlich des Mieters unter B 1 a gemachten Ausführungen.

Als private und nicht als gewerbliche Nutzung wird regelmäßig auch die Vermietung von Gebäuden zu Wohn- und Betriebszwecken anzusehen sein. Würde dem Grundstückseigentümer, abgesehen von der Entschädigung für den Grundstückswert, mit Rücksicht auf die besonders hohe Rendite seines Grundstücks ausnahmsweise eine weitere Entschädigung für entgehende Einnahmen gewährt, so würde diese Entschädigung nach § 2 Abs. 3 Ziff. 6 i. Verb. m. § 24 Ziff. 1 EinkStG. einkommensteuerpflichtig sein, und zwar nach dem begünstigten Steuertarif des § 34 EinkStG.

b) Bei gewerblicher Nutzung des Grundstücks durch den Eigentümer ist zunächst von Bedeutung, ob der Eigentümer nichtbuchführungspflichtiger Kaufmann (Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EinkStG.) oder buchführungspflichtiger Vollkaufmann (Gewinnermittlung nach § 5 EinkStG.) ist. Bei nichtbuchführungspflichtigen Kaufleuten bleibt bei dem nach § 4 EinkStG. vorzunehmenden Bestandsvergleich der Wert des Grund und Bodens, der zum Anlagevermögen gehört, außer Ansatz, d. h. Konjunkturschwankungen des Grund und Bodens werden bei der Gewinnermittlung ausgeschaltet (§ 4 Abs. 1 Satz 5 EinkStG.). Bei buchführungspflichtigen Kaufleuten wird der Grund und Boden dagegen beim Bestandsvergleich mit erfaßt (§ 5 Satz 2 EinkStG.). Hieraus ergibt sich, daß der für den Grund und Boden gezahlte Teil der Enteignungsentschädigung bei nichtbuchführungspflichtigen Kaufleuten unberücksichtigt zu lassen ist, während er bei buchführungspflichtigen Kaufleuten zur Besteuerung heranzuziehen ist[7]).

Weiterhin ist von entscheidender Bedeutung für die steuerliche Behandlung, ob der Eigentümer nur sein Grundstück oder aber darüber hinaus auch das auf dem Grundstück betriebene gewerbliche Unternehmen veräußert.

aa) Der Eigentümer veräußert nur sein Grundstück und verlegt seinen Gewerbebetrieb in ein neu erworbenes

[1]) JW. 1938, 422 (v. Lenski).
[2]) RStBl. 1934, 1135.
[3]) RStBl. 1934, 1135.
[4]) RStBl. 1934, 1136.
[5]) JW. 1938, 1294 ff.
[5a]) Kaemmel-Bacciocco, „EinkStG." § 24 Anm. 2.
[5b]) RStBl. 1937, 1094.
[6]) RStBl. 1934, 569.
[7]) Die folgenden Ausführungen gehen von einem buchführungspflichtigen Kaufmann aus.

Grundstück. Er erhält auf der einen Seite eine Entschädigung, die den Buchwert des Grundstücks übersteigt, auf der anderen Seite entstehen ihm durch die Verlegung des Betriebes und durch die Neueinrichtung der Betriebsanlagen (z. B. Maschinenanlage) Kosten. Die bei einer Geschäftsverlegung durch den Abbau, das Verbringen und das Wiederanbringen von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens entstehenden Kosten gehören grundsätzlich zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungsaufwendungen[8]). Daraus ergibt sich, daß die durch die Veräußerung des Grundstücks aufgedeckten stillen Reserven auf die Anschaffungsaufwendungen nicht angerechnet werden können. Der RFH. wendet aber in derartigen Fällen, in denen ein Steuerpflichtiger unter dem Zwang einer Enteignung eine Verlegung seines Betriebes vornimmt, die Grundsätze über die steuerliche Behandlung von Brandentschädigungen an. „Es würde der Volksanschauung widersprechen, wenn man nicht im Fall einer Enteignung die Übertragung einer hierbei in Erscheinung tretenden stillen Reserve für zulässig halten wollte. Ein Zwang kann hierbei schon dann angenommen werden, wenn ein Steuerpflichtiger nach den Umständen des Falles der Ansicht sein konnte, daß er im Fall der Verweigerung des Verkaufs ein behördliches Enteignungsverfahren zu erwarten hätte. In all diesen Fällen befindet sich der Steuerpflichtige in einer ohne seinen Willen herbeigeführten Zwangslage und betrachtet die Entschädigung oder den Veräußerungspreis als Hilfsmittel zur Wiederherstellung der Betriebsgegenstände, ohne daran zu denken, die in dem abgebrannten oder übertragenen Gebäude in Höhe des Unterschiedes zwischen dem Buchwert und dem Teilwert steckenden stillen Reserven zu verwirklichen[9])." Voraussetzung für eine Übertragung der stillen Reserven ist aber, daß die neuen Betriebsgegenstände Ersatz der alten sind. Ein Ersatz liegt nach der Rechtsprechung des RFH.[10]) nur dann vor, wenn der neue Gegenstand in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht die Lücke ausfüllt, die die Enteignung verursacht hat; der neue Gegenstand muß mit anderen Worten die Aufgabe des durch die Enteignung entzogenen Gegenstandes erfüllen, er muß im Rahmen des Betriebes dem gleichen Betriebszweck dienen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sind die Ersatzgegenstände, d. h. die durch die Verlegung des Geschäfts entstandenen Aufwendungen, mit ihren Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzüglich der übertragbaren stillen Reserven zu aktivieren[11]). Ist der den Buchwert des Grundstücks übersteigende Teil der Entschädigung größer als die durch die Verlegung des Geschäfts entstandenen Aufwendungen, so ist der Unterschiedsbetrag als gewerbliche Einnahme nach dem vollen Tarif zu versteuern[11a]).

bb) Der Steuerpflichtige veräußert das Grundstück nebst dem auf dem Grundstück betriebenen gewerblichen Unternehmen, er gibt seinen Betrieb auf. Die gezahlte Entschädigung ist in derartigen Fällen, soweit sie die Buchwerte übersteigt, ein Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EinkStG., der im Rahmen des § 34 EinkStG. zur Besteuerung heranzuziehen ist, ohne Rücksicht darauf, wie der Steuerpflichtige die Entschädigung später verwendet. Bei derartigen in das Belieben des Steuerpflichtigen gestellten Investierungen kann die Rechtsprechung des RFH. über Brandentschädigungen keine Anwendung finden[12]). „Die von dem Steuerpflichtigen vorgenommene Entfernung seiner Möbel und der Geschäftspapiere von seinem früheren Grundstück war durch die Entschädigung mit abgegolten; wenn er nun für seine Zwecke einen Neubau für erforderlich hielt und hierbei infolge mißlicher Verhältnisse besonders teuer baute, so ist das ein Verlust, der ausschließlich die private Sphäre des Steuerpflichtigen betrifft, aber mit der Entschädigung in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht. Auch die Neubegründung eines Gewerbebetriebes, der mit dem ehemaligen Fabrikationsbetrieb nichts zu tun hat, stellt lediglich eine nach dem persönlichen Ermessen des Steuerpflichtigen erfolgte Verwendung des Enteignungserlöses dar und rechtfertigt nicht die Absetzung eines entsprechenden Betrages von dem ermittelten Veräußerungsgewinn[13])."

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des RFH. v. 14. Sept. 1938[14]). Hiernach ist § 34 EinkStG. auch dann anwendbar, wenn der Inhaber einer aus allgemein wirtschaftlichen Gründen stillgelegten Fabrik, um sich weiterhin seinen Lebensunterhalt zu verschaffen, einen Handel eröffnet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Handel den gleichen Warenzweig betrifft, der bisher Gegenstand des Fabrikationsbetriebes war. Eine derartige Umstellung kann, so führt der RFH. aus, nach der Volksanschauung nicht als ein laufender Vorgang in einem fortgesetzten Betrieb aufgefaßt werden.

c) Land- und forstwirtschaftliche Nutzung ist zwar auch durch den Pächter möglich, im Rahmen dieser Ausführungen sollen aber nur die von dem Eigentümer geführten land- und forstwirtschaftlichen Betriebe behandelt werden. Für Land- und Forstwirte gilt die Besonderheit, daß der Wert des Grund und Bodens außer Ansatz bleibt[15]). Der auf den Grund und Boden entfallende Teil der Enteignungsentschädigung ist daher steuerlich nicht zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für das Feldinventar (im Boden befindliche Saat, Dünger, Aufwand für Feldbestellungsarbeiten usw.) und die stehende Ernte als Bestandteile des Grund und Bodens[16]). Der übrige Teil der Enteignungsentschädigung, z. B. eine Entschädigung für Aufgabe des Betriebs, für Umzugskosten, für entgehenden Gewinn usw., ist im Rahmen der §§ 14, 34 EinkStG. einkommensteuerpflichtig.

Bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben bezieht sich die Enteignung häufig nur auf einen Teil des Betriebes[17]). Durch die Abtrennung von Betriebsteilen können sich die verschiedenartigsten Wirtschaftserschwernisse ergeben. Es besteht z. B. die Möglichkeit, daß der vorhandene Gebäude- und Inventarbestand über die Erfordernisse des Restbetriebes hinausgeht und der Überbestand sich als eine Belastung für den Betrieb darstellt oder daß durch die Abtrennung von Betriebsteilen die Bewirtschaftung des Betriebes sich verteuert[18]). Die für derartige Wirtschaftserschwernisse gezahlten Entschädigungen sind zwar Betriebseinnahmen, ihnen steht aber die Wirtschaftserschwernis als Belastung gegenüber. Deshalb kann zum Ausgleich ein Schuldposten „Wirtschaftserschwernis" bis

[8]) RStBl. 1938, 965.

[9]) Vgl. auch RStBl. 1934, 1127. Hiernach ist die Zulässigkeit der Übertragung stiller Reserven für den Fall der freiwilligen Verlegung eines Betriebes aus wirtschaftlichen Gründen, ohne daß es sich um die Auswirkungen höherer Gewalt handelt, zu verneinen.

[10]) RStBl. 1938, 965.

[11]) VeranlRichtl. 1937 B VI 1.

[11a]) Mrozek Kartei EinkStG. 1934 § 16 Abs. 1 Ziff. 1 Rechtspr. 3 (VI A 971/33, Urt. v. 8. Mai 1935).

[12]) StW. 1938 Nr. 139.

[13]) StW. 1938 Nr. 139.

[14]) RStBl. 1939, 87.

[15]) Der Grund für diese Regelung besteht darin, daß der vom Landwirt benutzte Grund und Boden als solcher kein Gegenstand der Spekulation ist, sondern lediglich die Unterlage für sein Unternehmen bildet (das gilt auch für den nicht buchführungspflichtigen Gewerbetreibenden und den selbständig Berufstätigen).

[16]) Wegen der näheren Einzelheiten, insbesondere auch der Behandlung des Pächters, vgl. den Runderlaß des RFM. v. 23. Juli 1938: RStBl. 1938, 721; DStZ. 1939, 270.

[17]) Bei gewerblichen Betrieben ist eine Teilenteignung natürlich auch möglich, aber seltener.

[18]) Vgl. das in dem Erlaß v. 23. Juli 1938 angeführte Beispiel: Eine Autobahn, die nur an wenigen Stellen einen Übergang zuläßt, wird quer durch den Betrieb geführt und zwingt den Steuerpflichtigen zu Umwegen und damit zu größeren Betriebskosten.

zur Höhe der erhaltenen Entschädigung eingesetzt werden. Dieser Schuldposten ist jährlich um den Betrag abzuschreiben, der von der Entschädigung anteilig auf die Mehrbelastung in dem betreffenden Jahr entfällt. Nach dem Runderlaß des RFM. v. 23. Juli 1938 wird eine gleichmäßige Abschreibung innerhalb von 20 Jahren den tatsächlichen Verhältnissen regelmäßig hinreichend Rechnung tragen.

Bei Veräußerung von Teilen eines Betriebes ist die Tarifvergünstigung des § 34 EinkStG. nur dann anwendbar, wenn der veräußerte Teil eine gewisse organisatorische Selbständigkeit im Rahmen des Betriebes besitzt. „Die Anwendung des § 34 EinkStG. ist bei der Veräußerung eines Teiles des Betriebes nur dann möglich, wenn der aus dem einheitlichen Betrieb herausgenommene Teil für sich genommen einen mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteten Organismus darstellte[19])." Da es sich in Enteignungsfällen regelmäßig um die Veräußerung von — wenn auch noch so großen — Teilen der Ackerfläche handelt, werden die Voraussetzungen der §§ 14, 34 EinkStG. nur selten gegeben sein.

[19]) Mrozek Kartei EinkStG. 1934 § 16 Abs. 1 Ziff. 1 Rechtspr. 21.

Probleme des internationalen Steuerrechts

Zur Gründung der Internationalen Vereinigung für Finanz- und Steuerrecht im Haag (1938)

Von Prof. Dr. Bühler, Münster

Von den rund 70 Staaten oder Selbstverwaltungskolonien mit annähernd staatlicher Selbständigkeit, die es auf der Welt gibt, haben wenigstens 60 ein ausgebildetes Steuersystem und zugleich Handelsbeziehungen mit uns von solcher Bedeutung, daß ihr Steuerrecht für uns von Wichtigkeit ist. Beides gilt aber auch für eine Anzahl englischer, französischer, niederländischer Kolonien ohne eigentliche Selbstverwaltung, d. h. also namentlich die tropischen Kolonien; z. B. spielen Java und Borneo als Sitz der Einkaufshäuser großer deutscher Gesellschaften eine bedeutende Rolle. Es gibt einige deutsche Gesellschaften, die mehr als 100 Niederlassungen oder Tochtergesellschaften in fast allen Ländern der Welt besitzen, und die Vereinigten Staaten weisen Trusts mit jeweils mehreren Hundert solcher abhängiger Gesellschaften im Ausland auf. Für alle ist die Regelung der internationalen Doppelbesteuerung bei der Höhe der Steuern in fast allen größeren Ländern von täglich größerer Bedeutung.

So verschieden die Steuersysteme dieser 60—70 Staaten von Hause aus waren, seit dem Siegeszug der Einkommensteuer von England aus über die ganze englische Staatenwelt und die Vereinigten Staaten (wo es außer der jetzt durchaus im Vordergrund stehenden Bundeseinkommensteuer auch noch in 32 von den 48 Staaten Staatseinkommensteuern gibt), müssen im Ausland tätige Gesellschaften jetzt fast überall vor allem mit einer kräftigen Einkommensteuer oder besonderen Körperschaftsteuer rechnen. Fast überall weisen diese Einkommen- oder Körperschaftsteuern auch zwei für die Auslandsbeziehungen wichtige Sätze auf: Einmal den, daß ein Unternehmen in seinem Heimatstaat grundsätzlich mit seinem ganzen, auch mit dem aus dem Ausland fließenden Einkommen zur Steuer herangezogen wird und weiter den, daß ausländische Unternehmen im Inland auf alle Fälle mit den inländischen Einkommen erfaßt werden.

Diese beiden Sätze sind die Quelle jener Doppel- und Mehrfachbesteuerungen, deren Behebung das eine Hauptziel im internationalen Steuerrecht ist. Die internationalen Steuerüberschneidungen, die sie mit sich bringen, sind zwar von derselben Art, wie die zwischen mehreren hebeberechtigten Ländern im Bundesstaat, also die zwischen den Schweizer Kantonen und namentlich auch die zwischen den amerikanischen Einzelstaaten. Bei diesen Konflikten geben aber Normen des übergeordneten Staats mindestens die Richtlinien für die Lösung: Die Norm der schweizerischen Bundesverfassung Art. 46 Abs. 2 über die Unzulässigkeit interkantonaler Doppelbesteuerung[1]) und in den Vereinigten Staaten eine aus dem Common Law entnommene und in der Rechtsprechung allmählich entwickelte Norm ähnlichen Inhalts[2]).

Im internationalen Steuerrecht sind die Wege, die Doppelbesteuerung abzustellen, andere. Zunächst müssen wir feststellen: die von so vielen als selbstverständlich betrachtete Norm, daß internationale Doppelbesteuerung im eigentlichen Sinne, d. h. Heranziehung desselben Objekts oder desselben Vorgangs zu derselben Steuer in mehreren Staaten, unzulässig sei, bis heute weder zwischenstaatlich anerkannt noch von den nationalen Steuergesetzgebungen sanktioniert ist. Diese Norm ist aber das Ziel, auf das sich Gesetzgebung und Vertragschließung ebenso wie Rechtsprechung langsam hinbewegen.

Die gesetzgeberischen Möglichkeiten, solche Mehrfachbesteuerungen zu beheben, scheiden sich zunächst nach der Art der rechtlichen Regelung, die dafür gewählt wird. Das Ziel kann erreicht werden durch autonome Regelung, und zwar dann vor allem durch Anrechnungsbestimmungen. Wir haben eine grundsätzliche Anrechnungsmöglichkeit nur bei der Erbschaftsteuer ausgebildet und zwar ist hier vom Gesetz selbst (§ 8 Abs. 2 ErbschStG.) nur die schwächere Form der Anrechnung der auswärts bezahlten Steuern zugelassen, nämlich der Abzug der geschuldeten (oder schon gezahlten) auswärtigen Erbschaftsteuer bei Ermittlung des Werts des Nachlasses, während die ungleich wichtigere stärkere Anrechnung, nämlich die der gezahlten Steuer unmittelbar auf die in Deutschland geschuldete Erbschaftsteuer nur vom RFM. bewilligt werden kann.

Diesen Weg der Anrechnung haben wir nicht auch bei der Einkommensbesteuerung beschritten. Daß er auch hier sehr wohl begangen werden kann, beweisen namentlich die Vereinigten Staaten, in denen er das Hauptmittel zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung ist. Die Revenue Act von 1936 ermöglicht in Art. 131 bei der Bundeseinkommensteuer eine solche Anrechnung auswärts bezahlter Einkommensteuern für amerikanische Bürger schlechtweg, für Ausländer mit amerikanischem Wohnsitz unter der Bedingung der Gegenseitigkeit; in allen Fällen ist sie der Höhe nach begrenzt auf den proportionalen Anteil, der für das ausländische Einkommen nach amerikanischem Gesetz zu bezahlen wäre (so daß eine besonders hohe europäische Steuer nicht voll abgezogen werden darf).

[1]) Vgl. Blumenstein, „Schweizerisches Steuerrecht", 1926, S. 131 ff.

[2]) Doch ist in den Vereinigten Staaten die Unzulässigkeit der interterritorialen Doppelbesteuerung vom Supreme Court erst 1929 einigermaßen klar ausgesprochen worden; vgl. Harding, „Double Taxation of Property and Income", 1933, S. 28 (dieses ganze Buch ist nur der interterritorialen Doppelbesteuerung gewidmet).

Natürlich muß die amerikanische Steuerbehörde, wenn sie so weitgehende Abzüge zulassen soll, die ihr vorgelegten Belege über bezahlte auswärtige Steuern prüfen, um feststellen zu können, für welche Betriebe, für welches Jahr und namentlich für welche Steuern im Ausland etwas bezahlt worden ist. Das letztere macht nicht wenige Schwierigkeiten; denn angerechnet werden sollen nur die Steuern, die der amerikanischen Einkommensteuer entsprechen. Unsere Körperschaftsteuer allerdings wird ohne Bedenken als mit der Einkommensteuer gleichbedeutend betrachtet und ebenso die als Entrichtungsform für die Einkommen- und Körperschaftsteuer geltende anrechenbare Kapitalertragsteuer; nicht dasselbe gilt aber für selbständige Ertragsteuern, wie unsere Grundsteuer und Gewerbesteuer, oder selbständige Kapitalertragsteuern, Rentensteuern, Gehaltsteuern usw., wie sie z. B. das Steuersystem Frankreichs, aber auch dasjenige des bisherigen Österreich und der Tschecho-Slowakei aufweist[3]).

Bei Erledigung solcher Vorfragen — und nur bei ihnen, also gewissermaßen mittelbar — haben die Steuerbehörden ausländisches Steuerrecht anzuwenden, während für die eigentliche Entscheidung auf dem Gebiet des internationalen Steuerrechts sehr zum Unterschied vom internationalen Privatrecht die Steuerbehörden ausländisches Steuerrecht nicht anzuwenden haben, sondern nur autonomes nationales Recht, oder das in Doppelbesteuerungsabkommen niedergelegte Vertragsrecht, in einigen wenigen Punkten (z. B. Exemption der diplomatischen Vertreter) auch Völkerrecht.

Läßt sich mit dem Anrechnungssystem, wie es das amerikanische Einkommensteuergesetz in der geschilderten Art aufweist, das ganze Problem befriedigend lösen? Die Steuerpflichtigen in USA. sind mit ihm im allgemeinen zufrieden, für den amerikanischen Fiskus ist sie in einer Beziehung auch befriedigender als gänzliche Außerachtlassung der ausländischen Einkünfte (wie sie auf Grund der Doppelbesteuerungsabkommen vielfach erfolgt), sofern für die Progression der auswärts erzielte Gewinn mitzählt. Als mißlich für den amerikanischen Fiskus stellte es sich aber in den letzten Jahren in steigendem Maße heraus, daß bei dieser Regelung der Dinge die amerikanischen Gesellschaften kein genügend starkes Interesse daran haben, bei der Besteuerung ihrer Niederlassungen im Ausland sich um ein besonders günstiges Ergebnis zu bemühen — weil ja je höher die ausländische Steuer ausfiel, desto geringer dann die amerikanische sein mußte —, und so haben sich die Vereinigten Staaten neuerdings veranlaßt gesehen, doch auch den ihnen an sich weniger genehmen Weg der Bindung durch Doppelbesteuerungsabkommen zu beschreiten. Das erste der europäischen Länder (nach den Nachbarn auf dem amerikanischen Kontinent, nämlich Mexiko und Kanada), mit dem die Vereinigten Staaten das versucht haben, ist Frankreich gewesen. Der mit diesem 1932 geschlossene Vertrag, der aber erst seit 1. Jan. 1936 in Kraft ist, befolgt weitgehend das System der kontinentalen Doppelbesteuerungsverträge, nämlich das System der Aufteilung der Quellen.

Diese Doppelbesteuerungsverträge sind fast durchweg zweiseitige. Wie kommt es, daß entgegen den Erwartungen vieler der Völkerbund auch in der Zeit seines relativ besten Standes Kollektivabkommen in Steuerfragen nicht zuwege gebracht, ja daß die Arbeit seines Comité fiscal sich immer mehr auf die Anregung und die Ausarbeitung von Vertragsmustern für zweiseitige Verträge beschränkt hat? Es kommt davon her, daß die Besteuerung ein viel zu wichtiges Hoheitsrecht ist, als daß die Staaten sich seiner hätten begeben wollen zugunsten einer Kollektivregelung, bei der jeder Staat notwendig immer seine individuellen Wünsche weitgehend zurückstellen muß. Geringe Ansätze zu solchen Kollektivabkommen, wie sie 1926 und 1931 einmal zu verzeichnen waren, sind daher bald wieder stecken geblieben, und wir können höchstens von einem durch viele Einzelfestsetzungen bezeugten und daher mit der Zeit vielleicht allgemeine Gültigkeit erlangenden Recht auf dem Gebiet der Besteuerung von Schiffahrt- und Luftfahrtunternehmen sprechen, wo sich der Grundsatz der Nichterfassung fremder Unternehmungen nur wegen inländischer Landungsplätze ziemlich allgemein durchsetzt; ähnliches gilt für die Besteuerung des internationalen Autoverkehrs, wo die Freilassung fremder Fahrzeuge von inländischer Kraftfahrzeugsteuer bei einem Reiseaufenthalt bis zu drei Monaten allmählich allgemeine Regel ist, während in Beziehung auf die Freilassung ausländischer Fahrzeuge von der Benzinsteuer die Regelungen noch sehr auseinandergehen.

Für den ungleich wichtigeren Bereich der direkten Steuern und auch anderer Verkehrssteuern wird dagegen der Weg zweiseitiger Doppelbesteuerungsabkommen auch künftig der gegebene sein, und zwar darf man sagen, daß hier Deutschland mit dem Abkommen mit Italien von 1925 den Haupttyp geschaffen hat, den es nicht nur selbst seither beibehalten (und in einigen Beziehungen vervollkommnet) hat, sondern den auch eine ganze Reihe europäischer Staaten ihren Doppelbesteuerungsabkommen seither zugrunde legen.

Es liegen heute etwa 60 umfassende Doppelbesteuerungsabkommen vor allem europäischer Staaten untereinander vor (dazu rund 100 weitere, die sich nur auf die Behandlung der Schiffahrts- und Luftfahrtunternehmen beziehen). Für Deutschland sind nunmehr 10 umfassende Abkommen dieser Art in Kraft. Nachdem schon 1921—23 je eines mit Österreich, Ungarn, der Tschecho-Slowakei, und mit der Freien Stadt Danzig geschlossen war (von denen das mit Österreich inzwischen ganz, das mit der Tschecho-Slowakei teilweise hinfällig geworden ist), folgten dem bereits erwähnten Vertrag mit Italien von 1925 solche mit Schweden (1928, für die Erbschaftsteuer und für Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen wurden 1935 zwei besondere Verträge geschlossen), mit der Schweiz (Vertrag von 1931/34, der die Erbschaftsteuer mit umfaßt), mit Finnland (1935 — begleitet von einem besonderen Abkommen über Rechtsschutz und Rechtshilfe in Steuersachen) und als jüngstes das mit Frankreich (1934/37 — vorläufig angewandt seit 1938, Ratifizierung nunmehr erfolgt) und mit Rumänien (1937)[4]). Mit anderen Staaten, darunter Großbritannien, Vereinigte Staaten, Kanada und Japan, haben wir Vereinbarungen nur für die Seeschiffahrt und Luftfahrt. Mit Polen sind 1923 und erneut dann 1935 und 1936 vorläufige inhalt-

[3]) Über diesen wesentlichen Unterschied im Verhältnis von Ertragsteuern zu Einkommensteuern müssen jetzt gerade unsere österreichischen und sudetendeutschen Mitbürger genau aufgeklärt werden. Vgl. die Gegenüberstellung der bisherigen österreichischen und tschecho-slowakischen Ausgestaltung mit dem reichsdeutschen System bei Bühler-Mayer, „Steuertafel", Ausgabe für Österreich, 2. Aufl., S. 18 ff. und für das Sudetenland Bühler-Spitaler, Steuertafel für die sudetendeutschen Gebiete S. 21 ff.

[4]) Vgl. die neue amtliche Ausgabe der „Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der direkten Steuern und der Erbschaftsteuer", 1938 (enthält bedauerlicherweise die Abkommen über Rechtsschutz und Rechtshilfe in Steuersachen mit Schweden und Finnland nicht). Vgl. ferner Herzler-Gebert, „Die Einkommen- und Vermögensbesteuerung der Ausländer unter Berücksichtigung der Doppelbesteuerungsabkommen" (kein Kommentar, wie auf dem Titel des Buches steht, sondern rund 70 Seiten systematischen Überblicks, denen dann 230 Seiten unkommentierter Wiedergabe der Abkommen folgen); Rennebaum-Zitzlaff, „Die deutschen Doppelbesteuerungsverträge", 1938, 330 S. bringen zunächst auf 110 Seiten eine systematische Einführung namentlich in die Rechtsprechung des RFH., dann eine Wiedergabe der Doppelbesteuerungsverträge mit kurzen Erläuterungen.

lich umfassende Abkommen über die Vermeidung der Doppelbesteuerung getroffen worden, die von beiden Seiten aber nur in der Form einer inneren Verordnung für die Steuerverwaltung in Kraft gesetzt wurden, und denen der RFH. daher mit Recht nicht die volle Kraft eines förmlichen Vertrags beilegt (vgl. RFH. 40, 205 — betr. Bürgersteuerbefreiung).

Der oberste Grundsatz, der allen diesen Abkommen zugrunde liegt, ist der der Aufteilung der Steuerobjekte — man kann mit einigem Vorbehalt auch sagen der Steuerquellen — nach ihrer örtlichen Lage: Jeder Staat darf die aus seinem Gebiet fließenden Einkommensquellen erfassen; das geschieht bei uns mit der „beschränkten Steuerpflicht" nach dem Einkommen-, Körperschaft-[5]), Vermögensteuergesetz. — Der Heimatstaat des Unternehmens dagegen muß bei dessen Erfassung mit der grundsätzlich unbeschränkten Steuerpflicht diese ausländischen Einkünfte und Vermögensteile freilassen; er darf sie allerdings bei der Progression meist mitberücksichtigen.

Unter welchen näheren Voraussetzungen aber darf die inländische Steuergewalt ausländische Unternehmen, die sich irgendwie im Inland betätigen, zur Steuer heranziehen? Nicht wegen jeder Art von Geschäftsbeziehungen, nicht z. B. für eine Absatztätigkeit, die lediglich im Wege des Korrespondenzhandels zustande kam, auch dann nicht, wenn sie durch gelegentliche Entsendung eines Reisenden gefördert wurde, ebenso dann nicht, wenn der Vertrieb der ausländischen Ware einem vollständig selbständigen Unternehmer, vielleicht einer inländischen Gesellschaft, übertragen wurde[6]), sondern die allmählich zu internationaler Anerkennung gelangten Voraussetzungen dafür sind die „ständige Betriebstätte" und der „ständige Vertreter" des ausländischen Unternehmens selbst. Diese Begriffe finden sich sowohl im deutschen EinkStG. 1934/39 (§ 49 Nr. 2) als auch in den meisten Doppelbesteuerungsverträgen. Aber es zeigt die besondere Schwierigkeit der Arbeit auf dem Gebiet des internationalen Steuerrechts, wenn wir feststellen, daß der Begriff in den Verträgen nicht die gleiche Bedeutung hat wie im inneren deutschen Recht[7]) und daß auch noch sehr die Frage ist, ob der Begriff in den verschiedenen Doppelbesteuerungsverträgen und selbst für denselben Doppelbesteuerungsvertrag in der Rechtsprechung der beiden beteiligten Staaten immer gleich ausgelegt wird. Dem können noch so genaue Umschreibungen des Begriffs der Betriebstätte, wie sie sich in neueren Doppelbesteuerungsabkommen finden[8]), nicht abhelfen. Unter anderem lösen diese Umschreibungen auch nicht die Frage, wieweit eine Tochtergesellschaft als Betriebsstätte einer ausländischen Muttergesellschaft betrachtet werden kann.

Damit kommen wir zum Steuerrecht der internationalen Konzerne, das besonders viele und interessante Fragen und auch schon Lösungen für einzelne von ihnen gerade in der Rechtsprechung des RFH. aufweist. Es war ein sehr folgenschwerer Schritt des RFH., daß er im Jahr 1930 mit dem Shell-Urteil (v. 17. Sept. 1930: StW. 1930 Nr. 1224 — in der amtlichen Sammlung trotz seiner grundlegenden Bedeutung nicht veröffentlicht) den Weg dafür eröffnet hat, daß im Falle der Beherrschung einer inländischen Gesellschaft durch eine ausländische nicht die inländische mit der unbeschränkten Steuerpflicht erfaßt wird (wobei die Korrektur wegen Gewinnverschiebung bei der unvollkommenen Fassung der §§ 33 und 34 EinkStG. 1925 nicht in befriedigender Weise möglich war, während sie bei der weiten Fassung des § 30 EinkStG. 1934 heute sehr wohl möglich ist), sondern vielmehr unmittelbar die ausländische mit der beschränkten Steuerpflicht; dann ist die ausländische Hauptgesellschaft Trägerin auch der formellen Pflichten, wobei die Gewinnverhältnisse der deutschen Tochtergesellschaft allerdings noch vollkommener aufgeklärt werden können als mit Hilfe des § 30 EinkStG. gegenüber der inländischen Gesellschaft.

Es wird also die Organtheorie, jene interessanteste Schöpfung des Steuerrechts, die für das ganze innere Konzernrecht von so großer Bedeutung ist, bei Abhängigkeit inländischer von ausländischen Gesellschaften nicht nur überhaupt angewandt, sondern sogar unter leichteren Bedingungen angewandt als sonst auf dem Gebiet der Körperschaft- und Vermögensteuer. Während nämlich im inneren Körperschaftsteuerrecht und Vermögensteuerrecht der RFH. das Organverhältnis nicht genügen läßt, um die steuerliche Selbständigkeit der Untergesellschaften als aufgehoben zu betrachten, sondern dafür noch den Nachweis einer Gewinnausschlußvereinbarung oder eines Treuhandverhältnisses verlangt (vgl. darüber mein Lehrbuch des Steuerrechts Bd. II S. 202 ff.), stellt er bei Abhängigkeit einer inländischen Gesellschaft von der ausländischen Muttergesellschaft diese Voraussetzung nicht auf. Ja, er steigert hier die Organtheorie regelrecht zur Filialtheorie (was er im allgemeinen im inneren Recht ablehnt, vgl. RFH. 34, 228): die inländische Tochtergesellschaft wird als unselbständige inländische Zweigniederlassung der ausländischen behandelt, so daß sie trotz ihrer rechtlichen formellen Selbständigkeit steuerrechtlich nicht mehr als subjektiv steuerpflichtiges selbständiges Gebilde angesehen wird, so RFH. 39, 300/302.

Es ist offenbar bis jetzt nur Deutschland, das diesen Weg der Besteuerung gegenüber internationalen Konzernen folgerichtig eingeschlagen hat und weiter verfolgt; in Frankreich z. B. ist die steuerliche Behandlung ausländischer Gesellschaften bis jetzt in den Bahnen geblieben, die eine besondere Regelung vom Jahre 1872 über die Voraussetzungen der Zulassung ausländischer Gesellschaften zu geschäftlicher Betätigung in Frankreich geschaffen hat[9]).

[5]) Im KörpStG. hat der Ausdruck „beschränkte Steuerpflicht" aber noch einen anderen Sinn: die auf den Abzug beschränkte Steuerpflicht sonst steuerfreier inländischer Körperschaften; darüber mein „Lehrbuch des Steuerrechts" Bd. II S. 193.

[6]) Unhaltbar ist auch die von einigen Behörden neuerdings zuweilen eingenommene Haltung, die Vertreter einer ausländischen Gesellschaft, die in deren Auftrag und nur von ihr bezahlt, häufig nach Deutschland zu reisen haben, für diese in Deutschland zugebrachte Zeit, wenn sie z. B. im Lauf eines Jahres insgesamt einen halben Monat ausmacht, mit einem entsprechenden Teil ihres Gehalts (als im Inland verdient!) zur deutschen Steuer heranzuziehen. Dies widerspricht dem wichtigsten, in § 49 EinkStG. enthaltenen Grundsatz, daß nur inländisches Einkommen, d. h. aus dem Inland fließendes Einkommen, zur deutschen Steuer herangezogen werden kann.

[7]) Anerkannt vom RFH. 37, 320, Begriff der Betriebstätte im Sinne des deutsch-schweizerischen Abkommens enger als der des EinkStG.; der selbständige Agent ist ständiger Vertreter im Sinne des Einkommensteuerrechts, aber nicht im Sinne des internationalen Steuerrechts. — Inzwischen ist übrigens auf dem nicht unbedenklichen Wege der Verwaltungsverordnung die Heranziehung ausländischer Unternehmungen wegen Unterhaltung eines ständigen Vertreters im Inland wesentlich abgeschwächt worden: der ständige Vertreter, der als Großhändler, Handelsagent oder Kommissionär im deutschen Handelsregister eingetragen ist, bewirkt keine Steuerpflicht für das ausländische Haus, das er vertritt, es sei denn, daß er Angestellter der ausländischen Firma wäre (Veranlagungsrichtlinien 1938 für 1937 C II).

[8]) Vgl. deutsch-französisches Abkommen Schlußprotokoll Nr. 5: Betriebsstätte soll sein „außer dem Sitz und Ort der Leitung des Unternehmens die Zweigniederlassungen und anderen Niederlassungen, die Fabrikationsstätten und Werkstätten, die Einkaufs- und Verkaufsstellen, die Lager und anderen Handelsstätten, die den Charakter einer ständigen Geschäftseinrichtung haben".

[9]) Das Steuerrecht für ausländische Gesellschaften, wenigstens in Beziehung auf die besonders wichtige (Teil-) Einkommensteuer aus Kapitalerträgen, wird dargestellt in dem Buch von Tripier-Drouvillé, „Les Sociétés Etrangères travaillant en France et l'Impot sur le Revenu des Valeurs mobilières", Paris 1937, mit Anhängen rund 500 Seiten.

In einigen anderen Ländern scheinen Ansätze zu einer Behandlung der Frage im Sinne der deutschen Rechtsprechung vorhanden zu sein, aber die Dinge sind einstweilen schwer zu übersehen, und es wird eine der interessantesten Aufgaben der im Juli d. J. im Haag stattfindenden ersten Tagung der Vereinigung für Internationales Finanz- und Steuerrecht sein, mit den Länderreferaten über ihr wichtigstes Thema „Die steuerrechtliche Behandlung der international verflochtenen Gesellschaften nach den verschiedenen nationalen Steuergesetzgebungen und dem internationalen Steuerrecht" uns etwas mehr Klarheit über diesen praktisch sehr wichtigen Punkt zu verschaffen.

Ist die Frage nach der deutschen Steuerpflicht eines ausländischen Betriebs geklärt, so erheben sich nicht minder schwierige Fragen bzgl. der Ermittlung des zu erfassenden Gewinns. Der ausländische Pflichtige soll — das ist die allgemeine Norm, die auch der RFH. immer wieder als maßgeblich anerkennt — nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt sein, als ein inländischer bei gleicher Betätigung im Inland es wäre. Das Sonderproblem bei den Pflichtigen, die in Beziehungen mit dem Ausland stehen, liegt in der Berücksichtigung der Gewinnverschiebungen, die durch Preisstellungen usw. mit dem Ausland möglich sind. Die bereits erwähnte Generalnorm, die § 30 EinkStG. 1934/39 enthält, behandelt ein auch im internationalen Steuerrecht wohlbekanntes Problem und ist jetzt der Sache nach übernommen in den deutsch-französischen Vertrag als Richtlinie für die Behandlung international verflochtener Gesellschaften mit der Wendung, der zur Besteuerung berechtigte Staat könne bei der pflichtigen Gesellschaft die Gewinne erfassen, die sie „etwa mittelbar aus ihrer Betätigung gezogen hat oder die Dritten zugewendet oder gewährt worden sind, einerlei ob sie durch Erhöhung oder Herabsetzung der Kauf- oder Verkaufpreise oder auf irgendeine andere Weise erzielt worden sind" (Art. 4). Ähnlich bestimmt der bereits erwähnte französisch-amerikanische Vertrag von 1932 in seinem Art. 4, es seien heranzuziehen alle Gewinne, „die normalerweise in der Bilanz des ausländischen Unternehmens erscheinen müßten".

Der Zweck solcher Bestimmungen ist, den normalen Handelsgewinn der im Inland arbeitenden Gesellschaft zur Erscheinung und zur Versteuerung zu bringen. Die von einer ausländischen Gesellschaft gegründete inländische Verkaufsgesellschaft soll, auch wenn sie nach ihrer Bestimmung innerhalb des ausländischen Konzerns keine Gewinne zu machen hat, für die Besteuerung nicht anders dastehen, als eine andere inländische Verkaufsgesellschaft, die solchen Bindungen nicht unterliegt; wenn sie keinen normalen Handelsgewinn erzielt, wird ein solcher für die Besteuerung fingiert.

In diesem Zusammenhang erhebt sich aber noch eine ganz andere Frage: Muß sich die inländische Steuerbehörde in solchen Fällen mit der Ermittlung und Erfassung des normalen Handelsgewinns überhaupt begnügen; kann sie sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß auch vom Fabrikationsgewinn der ausländischen Muttergesellschaft (für deren Steuerpflichten die inländische Gesellschaft nach jeder Richtung haftet) etwas an den inländischen Fiskus abzuführen sei? Diese Frage ist weder bei uns noch in anderen Staaten durch Gesetz oder Doppelbesteuerungsverträge klar entschieden, und so konnte über sie Streit entstehen. Man hat die Heranziehung auch des ausländischen Fabrikationsgewinns durch den Staat der Verkaufsstelle damit begründen wollen, daß mit dem Verkauf ja der ganze Gewinn erst realisiert werde, und ich habe deshalb vorgeschlagen[10]), hier von einer Realisationstheorie zu sprechen. Diese Begründung kann aber nicht überzeugen. Betrachten wir die Frage zunächst als eine solche des inneren Steuerrechts eines jeden Staats, so kann man wohl die Verlockung verstehen, auf diese Weise einen Teil des mit Hilfe der inländischen Zahlungskraft im Ausland erzielten Gewinns für die inländische Besteuerung nutzbar zu machen. Aber die Frage darf nicht nur vom Standpunkt des eigenen Steuerrechts aus betrachtet werden, es ist zu bedenken, daß eine solche Praxis, wenn von einer Seite befolgt, sehr bald eine Erwiderung in den anderen Staaten fände; d. h. es würde also dann auch beim Verkauf deutscher Waren im Ausland durch die ausländische Steuer nicht nur der mit ihnen erzielte dortige Handelsgewinn erfaßt, sondern auch der in Deutschland erzielte Fabrikationsgewinn. Das müßte die ganze Kalkulation beim Export stören und empfiehlt sich daher für einen Staat, der auf Steigerung seines Exports so angewiesen ist wie der unsrige, nicht.

Es ist deshalb zu begrüßen, daß der RFH. in einer Entscheidung v. 31. Juli 1938 (RFH. 44, 239) diese Realisationstheorie der Sache nach abgelehnt hat. Er nimmt als Normalfall an, daß der insgesamt mit einer Ware erzielte Gewinn zu gleichen Teilen der Herstellung und dem Vertrieb zuzuschreiben sei, und hat daher für den Fall des Verkaufs englischer Stoffe nach Deutschland Halbierung dieses Gesamtgewinns und Erfassung nur der einen Hälfte, also des Handelsgewinns, für richtig erklärt. Diese Teilung halb und halb ist freilich nur als vorläufige Richtlinie anzuerkennen; im allgemeinen wird man der Produktion doch mehr als nur die Hälfte des Gewinns zuzuschreiben haben, wie sich denn auch in Abmachungen zwischen einigen europäischen Staaten eine Aufteilung im Verhältnis von 2 zu 1 für Produktion und Handel als angemessen herausgebildet hat. Aber die Entscheidung des RFH. ist auf alle Fälle wichtig wegen ihrer grundsätzlichen Ablehnung der Heranziehung des Fabrikationsgewinns zur inländischen Besteuerung. Auch in dieser Beziehung ist freilich mit ihr das letzte Wort in der Sache vielleicht noch nicht gesprochen, denn eine gegenteilige Regelung durch Gesetz oder Verordnung wäre für das innere deutsche Steuerrecht jederzeit möglich. Sie ist aber wohl nicht zu erwarten, sonst wäre von unserer Seite bei den jüngst abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (denjenigen mit Frankreich und Rumänien) etwas nach dieser Richtung vorgesehen worden. Das ist nicht geschehen, und soweit man ersehen kann, stellen sich Rechtsprechung und Literatur in Frankreich auch entschieden gegen diese Erfassung des Fabrikationsgewinns im Lande des Absatzes ein[11]).

Nur bei Ablehnung der Realisationstheorie läßt es sich andererseits rechtfertigen, daß auch reine Einkaufshäuser, die also keinen Gewinn im Lande des Einkaufs haben können, im Inland doch zur Steuer herangezogen werden, weil es eben nicht darauf ankommt, wo der durch sie ermöglichte Gewinn später realisiert wird. Als Maßstab für die Steuer auf solche Einkaufshäuser wird der Gewinn angesehen, den ein selbständiges Handelshaus dieser Art für sich beanspruchen würde[12]). Freilich läßt sich hier noch eine ganz andere Überlegung anstellen: Da die Tätigkeit solcher Einkaufshäuser unmittelbar dem Export zugute kommt, ihre Tätigkeit also besonders förderungswert erscheint, liegt es nahe, solche Einkaufshäuser durch steuerliche Privilegierung zu begünstigen; so haben es Frankreich und die Vereinigten Staaten in ihrem Doppelbesteuerungsabkommen von 1932 gemacht, indem sie (Art. 1 Abs. 2 dieses Abkommens) Einkaufsbetrieben dieser Art gegenseitig Steuerfreiheit gewähren.

[10]) Vgl. Bühler, „Die Körperschaftsteuerpflicht ausländischer Produktionsgesellschaften mit inländischen Vertriebsgesellschaften": StW. 1935 Sp. 165—194, insbesondere Sp. 175, und nunmehr „Lehrbuch des Steuerrechts" Bd. II S. 141.

[11]) Vgl. Allix, „La Condition des Etrangers au Point de Vue Fiscal", 1938 (Haager Recueil des Cours 1937 Bd. III) S. 56; Michel, „La Convention Fiscale Franco-Allemande", 1938, S. 13.

[12]) Michel a. a. O. S. 14.

Soviel über die Behandlung einiger Hauptfragen aus dem internationalen Steuerrecht der gewerblichen Einkünfte. Keine großen Schwierigkeiten macht im allgemeinen die Aufteilung der Einkünfte aus Landwirtschaft und aus sonstigem Grundbesitz, weil hier der Grundsatz der örtlichen Lage für die meisten Fragen eine eindeutige Lösung gibt. Dieser Lagegrundsatz ist auch noch von Einfluß bei den Einkünften aus Kapitalanlagen: Soweit sie hypothekarisch gesichert sind, darf sie der Staat des belasteten Grundstücks besteuern und muß sie nach den Doppelbesteuerungsverträgen der Staat des Gläubigers, dem der Ertrag zufließt, freilassen, und das ist heute auch ausbedungen für Zinsen aus Anleihen, für die Obligationen ausgegeben sind. Dieser Verzicht pflegt vor dem Abschluß von Doppelbesteuerungsverträgen auf seine Tragweite besonders überlegt zu werden; hier ergeben sich oft starke Gegensätze zwischen Ländern, die mehr ausländische Gelder hereinbekommen, als sie ihrerseits im Ausland angelegt haben, und an diesen Gegensätzen sind schon mehrere Doppelbesteuerungsabkommen gescheitert.

Die Beseitigung der noch bestehenden internationalen Doppelbesteuerungen ist eines der Hauptziele des internationalen Steuerrechts — aber doch keineswegs sein einziges Ziel. Außer den Interessen der Pflichtigen, die bei unserer Betrachtung bis jetzt im Vordergrund standen und die dahin gehen, daß die Doppelbesteuerung vermindert wird, haben die Steuerverwaltungen ihrerseits nicht minder berechtigte Interessen, im Wege der Verträge der internationalen Steuerflucht entgegenzutreten. Welche Wege sich bei international verflochtenen Unternehmungen ergeben, den Gewinn dem Inland gegenüber zu mindern, wurde bereits ausgeführt. Wenn durch Nutzbarmachung solcher Wege der Gewinn in einem Land erfolgreich gedrückt wird, so ist damit nicht gesagt, daß er im anderen Land um so vollständiger bei der Versteuerung angegeben wird, es ist vielmehr damit zu rechnen, daß er sozusagen unterwegs verlorengeht. Auf jeden Fall haben die Steuergesetzgebungen und Steuerverwaltungen noch immer nicht selten Grund, auf solche internationalen Gewinnverschiebungsmöglichkeiten zu achten und ihr auch durch Zusammenarbeit mit anderen Staaten entgegenzuwirken. Welche Erscheinungen da alle in Betracht zu ziehen sind, und welches die Wege der internationalen Zusammenarbeit sind, ist jetzt gerade von französischer Seite durch eine eindringliche Studie untersucht worden[13]); hier werden die einzelnen Mittel des Kampfes gegen diese internationale Steuerverkürzung: Kontrolle der Auslandsguthaben, Kampf gegen die Gewinnabsaugungen usw. und die in den Verträgen Frankreichs mit einer Reihe anderer Staaten abgeschlossenen Rechtshilfeabkommen auf ihre praktische Tragweite untersucht. Es ist kein Zweifel, daß auch für diesen Teil des internationalen Steuerrechts noch große Entwicklungsmöglichkeiten gegeben sind.

An Aufgaben fehlt es, wie dieser Überblick zeigte, dem neuen Zweig der Rechtswissenschaft also wirklich nicht, wenn er sich nunmehr verselbständigen und entfalten soll. Verselbständigung des internationalen Steuerrechts bedeutet vor allem Loslösung aus dem Schlepptau des internationalen Privatrechts, in dem es sich in manchen Ländern, z. B. in Frankreich und den Vereinigten Staaten, bis jetzt befand. Mit dem internationalen Privatrecht hat das internationale Steuerrecht in Wirklichkeit nur sehr schwache Berührungspunkte. Der Charakter der beiden Rechtszweige ist völlig verschieden, namentlich ist das internationale Steuerrecht nicht wie das internationale Privatrecht Rechtsanwendungsrecht, man kann als seinen Gegenstand nicht den „Conflit des lois" bezeichnen, wie der Gegenstand des internationalen Privatrechts namentlich in Frankreich heute mit Vorliebe bezeichnet wird, sondern das internationale Steuerrecht ist unmittelbares Recht. Es gibt nicht Antwort auf die Frage: welches Steuerrecht ist anzuwenden?, sondern unmittelbar auf die Frage: wird Steuer einem bestimmten Staat gegenüber geschuldet oder nicht und gegebenenfalls wieviel — und es schöpft diese Antwort nicht mit Hilfe von Rechtsanwendungsnormen, nicht aus einem Rechtsanwendungsrecht, sondern entweder aus dem autonomen Steuerrecht oder aus dem Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, die, wenn eingreifend, dem ersteren vorgehen.

Dennoch spielt schon wegen der wichtigen Vorfragen die Kenntnis des ausländischen Steuerrechts im internationalen Steuerrecht eine sehr wesentliche Rolle. Wer internationalen Unternehmungen mit steuerlichem Rat dienen soll, muß in der Lage sein, in das Steuerrecht des ausländischen Heimatstaats doch wenigstens von Fall zu Fall so weit einzudringen, um beurteilen zu können, wieweit Doppelbesteuerung vorliegt. Da ergeben sich regelmäßig große Schwierigkeiten, sich die nötigen Materialien aus der ausländischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zu beschaffen. Mittel und Wege für Behebung dieser Schwierigkeiten zu finden, ist das Hauptziel, das sich die „Internationale Vereinigung für Finanz- und Steuerrecht" gesetzt hat, deren Gründung auf der Septembertagung der International Law Association 1936 in Paris von mir und einigen italienischen Kollegen angeregt worden, dann durch eine höchst dankenswerte Vorbereitungsarbeit der holländischen Steuerwissenschaftlichen Vereinigung (Vereeniging voor Belastingwetenschap) gefördert und am 12. Febr. 1938 im Haag auch wirklich durchgeführt wurde.

Das Ziel der Vereinigung ist also vor allem, die geschilderten, oft sehr großen Materialbeschaffungsschwierigkeiten den Rechtsberatern, die es mit internationalem Steuerrecht zu tun haben, möglichst weitgehend abzunehmen. Ein „Buro de Documentation" (in Amsterdam) wird die Materialsammlung enthalten, und ein die Gesetze, Verträge und die Rechtsprechung in den Doppelbesteuerungsabkommen wiedergebendes Bulletin, dessen Herausgabe vorbereitet wird, soll das Wichtigste von diesem Material jedem Mitglied nahebringen.

Die erste große Tagung der Vereinigung findet am 12.—15. Juli im Haag statt. Außer dem bereits erwähnten Hauptthema — Steuerrecht der internationalen Gesellschaften — bildet Verhandlungsgegenstand die Frage der besonderen steuerrechtlichen Begriffe in ihrer Auswirkung auf die Auslegung der Doppelbesteuerungsverträge. Die vorbereitenden Arbeiten, an denen der Verfasser dieser Zeilen teilnimmt, zeigen, daß auf die deutsche Mitarbeit großer Wert gelegt und daß von ihr viel erwartet wird.

Eine in der Entstehung begriffene deutsche Landesgruppe wird die deutschen Mitglieder zusammenfassen; ihre vorläufige Geschäftsführung ist von der Akademie für Deutsches Recht, Auslandsabteilung, Berlin W 35, Tiergartenstraße 3a in die Hand genommen, die auch für die gemeinsame Transferierung der Beiträge (15 *RM* für den einzelnen, 40 *RM* für Gesellschaften) sorgt. An sie können nunmehr Anmeldungen, möglichst gleich verbunden mit der Zahlung des ersten Jahresbeitrags, gerichtet werden. Die Anschrift der Vereinigung im Haag selbst lautet: Vereinigung für Internationales Finanz- und Steuerrecht, Den Haag, Jan van Nassaustraat 29; Hauptgeschäftsführer ist der holländische Rechtsanwalt Dr. Emmen Riedel im Haag.

Daß möglichst viele deutsche Interessenten diese neue Möglichkeit friedlicher und fruchtbarer internationaler Zusammenarbeit benützen, liegt nicht nur in deren eigenem Interesse, sondern auch im Sinne der vielfachen Ermutigung zu solcher internationaler Zusammenarbeit, die vom Führer der deutschen Rechtsfront, Reichsminister Dr. Frank, immer wieder ausgesprochen worden ist.

[13]) Vgl. Piatier, „L'Evasion Fiscale et l'Assistance administrative entre Etats", Paris 1938, 362 S.

Rechtspolitik in der Praxis

Entlassung eines Vormundes wegen politischer Unzuverlässigkeit

Das Amt für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP. ist mit der Frage befaßt worden, ob das Vormundschaftsgericht einen Vormund, der vom Kreisleiter als „politisch unzuverlässig" bezeichnet worden ist, aus seinem Amt entlassen muß. Bei der Beantwortung dieser Frage ist von folgenden Gesichtspunkten auszugehen:

1. Die Abgabe von politischen Beurteilungen ist allein Sache des zuständigen Hoheitsträgers der NSDAP. Die Abgabe solcher Beurteilungen stellt sich als Hoheitsakt dar. Derartige hoheitliche Maßnahmen unterliegen nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte; denn ihre Nachprüfung oder Abänderung würde sich als ein unzulässiger Eingriff des staatlichen Gerichts in eine Parteiaufgabe darstellen (vgl. Schlußrede des Führers auf dem Kongreß des Parteitags der Freiheit: „Im übrigen gilt das Prinzip der Respektierung und Einhaltung der beiderseitigen Kompetenzen").

Der Vormundschaftsrichter darf daher die Beurteilung des Hoheitsträgers ebensowenig nachprüfen, wie etwa die Feststellung des Urteils des Strafrichters, daß der Vormund an seinem Mündel ein Verbrechen begangen hat.

2. Die Frage, ob ein Grund zur Entlassung des Vormundes vorliegt, bemißt sich nach § 1886 BGB. Danach hat das VormGer. den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes das Interesse des Mündels gefährden würde. Diese Frage, ob das Interesse des Mündels gefährdet ist, stellt sich als eine Ermessensfrage dar. Ihre Beantwortung ist daher ausschließlich Sache des VormGer.

Ein Umstand, der das Interesse des Mündels immer gefährden wird, ist die für das VormGer. bindend festgestellte politische Unzuverlässigkeit eines Vormundes. Ziel der nationalsozialistischen Führung ist es, jeden deutschen Menschen zu einem auch gesinnungsmäßig eng verbundenen Glied der Volksgemeinschaft zu erziehen. Es ist selbstverständlich, daß diese Erziehung vor allem bei der jungen Generation, „dem Volk von morgen", einzusetzen hat. Gerade in der Frage der Jugenderziehung müssen daher Partei und Staat kompromißlos fordern, daß alle Träger der Erziehung rückhaltlos auf dem Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung stehen. Daraus folgt, daß die Erziehung eines Jugendlichen unmöglich in die Hände von Personen gelegt werden kann, die als „politisch unzuverlässig" festgestellt sind (vgl. hierzu auch RGRKomm. Anm. 1 zu § 1886, wo als Fall einer Interessengefährdung des Mündels unter Bezugnahme auf die Entscheidung des KG. im Recht 1933, Nr. 735, die marxistische Gesinnung des Vormundes angeführt wird, sowie unter Bezugnahme auf RJA. 14, 116 der weitere Fall, daß der Vormund des deutschen Mündels Angehöriger eines mit dem Deutschen Reich in Kriegszustand befindlichen Staates ist).

Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn der Vormund praktisch nur das Recht zur Vermögensfürsorge ausübt (vgl. § 1393 BGB.). Denn grundsätzlich steht ihm auch das Recht der Personenfürsorge zu, so daß jederzeit die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Erziehung des Mündels gegeben ist. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß dem Mündel auch in diesem Falle im späteren Leben aus der Tatsache, daß es einen politisch unzuverlässigen Vormund gehabt hat, Nachteile erwachsen können, die Interessen des Mündels also gefährdet sein werden.

Mitgeteilt vom Reichsrechtsamt der NSDAP.

Prozeßkostenvorschußpflicht für ausgewanderte jüdische Kläger

Dem Amt für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP. liegen zwei um die Jahreswende 1938/1939 ergangene Urteile verschiedener Abteilungen des gleichen AG. vor, bei denen es sich darum handelt, daß ausgewanderte Juden Klage auf Zahlung ihnen geschuldeter Beträge gegen hier ansässige Deutsche erhoben hatten. Beide Beklagte haben die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten erhoben (§ 274 Ziff. 5 ZPO. i. Verb. m. § 110 ZPO.). Die beiden Urteile kommen jedoch zu entgegengesetzten Ergebnissen.

In der einen Entscheidung wird die Einrede durch Zwischenurteil verworfen. Dieses Urteil stellt fest, der Beklagte habe die Voraussetzungen für die Anwendung des § 110 ZPO. nachzuweisen. Die von ihm ausgesprochene Vermutung, daß der ausgewanderte Jude die deutsche Staatsangehörigkeit verloren habe, genüge nicht. Auch die Beweislast sei nicht in der Weise umgekehrt, daß der jüdische Kläger nunmehr diese Vermutung zu widerlegen hätte. Das Gericht schließt vielmehr aus der Tatsache, daß dem Kläger durch die Devisenstelle die Genehmigung erteilt worden sei, den Betrag auf das Auswanderer-Sperrkonto einzahlen zu lassen, daß er auf Grund eines ordnungsmäßigen Reisepasses ausgewandert sei und daher auch die deutsche Staatsangehörigkeit noch besitze. Hiernach sei die Einrede unbegründet.

Das zweite Urteil kommt zu dem Ergebnis, daß die Einrede begründet ist. Es stellt ab auf den Sinn und den Zweck des Gesetzes. Als diesen stellt es die Vermeidung von Schwierigkeiten heraus, die die Beitreibung der Prozeßkosten im Ausland dem Beklagten im Falle seines Obsiegens bereiten könnte. Hiervon ausgehend stellt das Gericht den Grundsatz auf, daß ein in der heutigen Zeit aus Deutschland ausgewanderter Jude auch dann Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten habe, wenn er formell die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren hat. Auf diese formelle Voraussetzung brauche unter den gegebenen Umständen deswegen nicht abgestellt zu werden, weil anzunehmen sei, daß ein Jude, der jetzt aus Deutschland auswandere, nicht mehr zurückkehre. Er habe hierzu weder die Absicht, noch die Möglichkeit. Durch die Auswanderung habe er sich für immer räumlich von seinem bisherigen Staatsverband losgelöst. Unter diesen Umständen könne er nicht mehr als deutscher Staatsangehöriger im Sinne des § 110 ZPO. angesehen werden. Solange er nicht nachweise, daß er eine fremde Staatsangehörigkeit bereits erworben habe, müsse er als staatenlos im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden. Nur eine solche Auslegung werde dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht.

Zu diesen beiden Entscheidungen ist folgendes festzustellen:

Die Verhältnisse der deutschen Staatsangehörigen jüdischer Rasse haben sich gegenüber denjenigen zur Zeit des Erlasses der Vorschrift des § 110 ZPO. derart geändert, daß man bei der Entscheidung der vorliegenden Frage unbedingt auf Sinn und Zweck dieser Bestimmung abstellen muß und nicht mehr auf den bloßen Wortlaut abstellen kann. Dieser Zweck liegt — wie das zweite Urteil richtig herausstellt — in der Vermeidung von Vollstreckungsschwierigkeiten. Im Ausland, das weitgehend judenfreundlich und vielfach deutschfeindlich ist, wird ein Deutscher heute oft große Schwierigkeiten haben, die von ihm verauslagten Kosten eines gegen einen Juden geführten Prozesses beizutreiben, selbst wenn der Jude noch formell deutscher Staatsangehöriger ist. Daher kann man einen in letzter Zeit ausgewanderten Juden nicht mehr als im Sinne des § 110 ZPO. zum deutschen Staatsverband gehörig betrachten. Es kann folglich gar nicht darauf ankommen, ob der Jude die deutsche Staatsangehörigkeit bereits formell aufgegeben hat oder ob sie ihm bereits aberkannt worden ist.

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Entscheidung des Richters, welcher der Einrede stattgegeben hat, dem Volksempfinden weit mehr gerecht wird, als das erste Urteil, das als Ergebnis bloßer formaler Überlegungen höchst unbefriedigend erscheint.

Mitgeteilt vom Reichsrechtsamt der NSDAP.

Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Auswanderung von Minderjährigen?

Ausgangspunkt zur Erörterung dieser Frage ist folgender Fall:

Zwei Geschwister, 16- und 17jährige Mädchen, bzw. deren gesetzlicher Vertreter, beantragen die Auswanderungs-

genehmigung des VormGer. nach Neuyork zu einer entfernten Verwandten, die dort wirtschaftlich in auskömmlichen Verhältnissen lebt. Die Auswanderungsgenehmigung war von dem Vater der beiden Mädchen mit der Begründung beantragt worden, daß seine beiden Töchter in Neuyork wohnen und von seiner Schwägerin — die übrigens selbst zwei Söhne im Alter von 24 und 7 Jahren besitzt — wie eigene Kinder behandelt werden sollen. Der Antragsteller hat weiter erklärt, daß er sich über die weitere Zukunft seiner Töchter noch keine Gedanken gemacht habe, er nehme aber an, daß sie dort in Amerika ein gutes Fortkommen haben würden.

Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung war von dem AG. mit der Begründung versagt worden, daß, selbst wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Mündel in Amerika bedeutend günstiger stellen würden als in Deutschland, es doch entscheidend zu berücksichtigen sei, daß die beiden Mädchen durch die Auswanderung in ihrer Entwicklung, als Angehörige des deutschen Volkstums, erheblich gefährdet sein würden. Gerade jugendliche Auswanderer, die in ihrer geistigen, seelischen und moralischen Entwicklung noch nicht abgeschlossen sind, seien sehr leicht fremden Einflüssen, insbesondere denen des sogenannten Amerikanismus, zugänglich, so daß ihre Entwicklung im völkischen Sinne erheblich gefährdet sei. Diesen allgemeinen Interessen sei aber gegenüber den wirtschaftlichen Verhältnissen uneingeschränkt der Vorzug zu geben.

Auf die Beschwerde des Vaters der beiden Mädchen hat das LG. die Auswanderung genehmigt, nachdem durch das deutsche Generalkonsulat in Neuyork Erhebungen über die Verhältnisse bei der aufnehmenden Familie in Neuyork angestellt worden waren. Die angestellten Nachforschungen haben ergeben, daß die genannte Familie außer einem Hausgrundstück ein Barvermögen von über 60 000 Dollar besitzt und daß Nachteiliges über die vorgenannte Familie nicht bekannt geworden sei. Es ist weiter festgestellt, daß das aufnehmende Ehepaar, das im übrigen arischer Abstammung sei, nur gebrochen deutsch spreche, daß aber im Hause die deutsche Sprache gepflegt werden solle. Auf Grund dieser Unterlagen hat das LG. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Auswanderung nach Neuyork erteilt. Das LG. führt aus, daß die aufnehmende Familie in wirtschaftlicher Hinsicht sich sehr gut stehe, daß über sie ein sehr günstiges Leumundszeugnis ausgestellt worden sei; die aufnehmenden Eheleute hätten auch das Versprechen abgegeben, daß nach Aufnahme der beiden 16- und 17jährigen Mädchen die deutsche Sprache mehr gepflegt werden solle. Es heißt dann weiter, daß neben der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit auch die allgemeinen nationalsozialistischen Belange zu berücksichtigen seien. Auch diese Voraussetzung sei gegeben, da die beiden Mädchen die deutsche Schulausbildung hinter sich hätten, so daß sie — wenn sie auch im Hause ihrer Pflegeeltern weiter deutsch hören — nicht ohne weiteres dem deutschen Volkstum entfremdet zu werden brauchten. Auch das deutsche Generalkonsulat habe keine Bedenken geäußert. Diese Erwägungen und nicht zuletzt die Rücksicht auf die Tatsache, daß die Antragstellerinnen hier in Europa nur in sehr bescheidenen Vermögensverhältnissen lebten, hätten das LG. zu einer Erteilung der Auswanderungsgenehmigung veranlaßt.

Diese Entscheidung des LG. kann nicht gebilligt werden. Zunächst ergibt sich aus der Art der Begründung, daß im letzten Grunde doch die wirtschaftlichen Erwägungen, nämlich die Aussicht eines besseren Fortkommens, den Ausschlag zur Erteilung der Genehmigung gegeben haben. Bei einer Prüfung der Frage, inwieweit in diesem Falle tatsächlich die allgemeinen Belange berücksichtigt worden sind, könnte die Antwort darauf nur verneinend ausfallen. Die Tatsache, daß die Pflegeeltern nur noch gebrochen deutsch sprechen, zeigt, daß sie bereits beide dem deutschen Volkstum erheblich entfremdet sind. Es fällt auch auf, daß das deutsche Generalkonsulat keine Erhebungen darüber angestellt hat, welcher Umgangssprache sich die beiden Kinder der Pflegeeltern bedienen. Das bloße Versprechen der Pflegeeltern, in ihrem Haushalt in Zukunft die deutsche Sprache mehr zu pflegen, muß bei kritischer Betrachtung als ungenügend bezeichnet werden. Es ist auch weiter festzustellen, daß irgendeine weitere Gewähr dafür, daß die beiden im Entwicklungsalter befindlichen Mädchen nicht ihrem deutschen Volkstum entfremdet werden, überhaupt nicht gegeben ist.

Hinzu kommt, daß die beiden Mädchen aus Ostpreußen, und zwar aus dem Grenzgebiet Masuren auswandern wollen. Während die Bemühungen der nationalsozialistischen Staatsführung im Deutschen Osten dahin gehen, Ostpreußen als Grenzmark bevölkerungspolitisch zu stärken, wird durch eine derartige Entscheidung das Gegenteil erreicht. Auch aus diesem bevölkerungspolitischen Gesichtspunkt heraus kann die ergangene Entscheidung nicht gebilligt werden.

Abschließend ist folgendes festzustellen:

1. Eine Auswanderung von Minderjährigen nach dem Ausland ist grundsätzlich nicht zu genehmigen, und zwar einmal aus allgemeinen nationalpolitischen Erwägungen, sowie auch im Interesse des Minderjährigen selbst. Es ist bekannt, daß im Ausland, besonders in Amerika, ein erhebliches Unverständnis für die Ziele der nationalsozialistischen Idee vorhanden ist und daher eine Auswanderung im jugendlichen Alter im hohen Grade entwicklungsgefährdend wirkt.

2. Auch aus bevölkerungspolitischen Gründen ist bei derartigen Anträgen, insbesondere aus der Grenzprovinz, die Auswanderungsgenehmigung zu versagen.

Oberamtsrichter Budinski, Gehlenburg i. Ostpr.

Die Vertretung der Deutschen Reichspost als Fiskus

Über die richtige Bezeichnung der Deutschen Reichspost als Fiskus und über ihre Vertretung in Rechtsangelegenheiten bestehen, wie die täglichen Erfahrungen der Praxis zeigen, vielfach Zweifel und irrtümliche Auffassungen, auch im Kreis der Rechtswahrer. Die Erläuterungswerke zur ZPO. geben darüber leider nur ungenaue und unvollständige Auskunft.

Die Parteibezeichnung der Deutschen Reichspost ist durch das RGUrt. v. 31. Aug. 1937 (JW. 1937, 3036 = ArchPostTel. 1937, 294 mit Anm., in RGZ. 155, 333 nur unvollständig abgedruckt) eindeutig und endgültig festgelegt. Sie muß lauten: Das Deutsche Reich (Deutsche Reichspost). Das RG. ist damit der Auffassung der Deutschen Reichspost beigetreten (Ohnesorge, „Zur Rechtsstellung der Deutschen Reichspost": AkadZ. 1937, 385). Wie das Urteil richtig ausführt, ist Rechtsträger der Post das Deutsche Reich. Das der Reichspost gewidmete Sondervermögen gehört dem Reich als Eigentümer und hat nicht eigene Rechtspersönlichkeit. Partei ist somit das Deutsche Reich. Die Deutsche Reichspost ist Teil der Reichsverwaltung wie jede andere Verwaltung, Justiz-, Finanzverwaltung usw., es ist ihr auch keine besondere Parteifähigkeit beigelegt worden. Der Zusatz in Klammern „Deutsche Reichspost" soll lediglich zum Ausdruck bringen, daß das Vermögen des Deutschen Reichs, das dem Betrieb der Deutschen Reichspost gewidmet und in ihm erworben ist, und alle öffentlichen wie privaten Rechte und Verbindlichkeiten der Deutschen Reichspost als Sondervermögen der Deutschen Reichspost von dem übrigen Vermögen des Reichs, seinen Rechten und Verbindlichkeiten getrennt zu halten ist. Dieses Sondervermögen haftet nur für die Verpflichtungen der Deutschen Reichspost, nicht für sonstige Verbindlichkeiten des Reichs (§ 2 des Ges. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 27. Febr. 1937 [RGBl. I, 130]; das immer noch zuweilen angeführte ReichspostfinanzG. v. 18. März 1924 ist durch § 7 des Vereinfachungsgesetzes aufgehoben). Diese Art der Bezeichnung entspricht auch der anderer Reichsverwaltungen, z. B. der Justizbehörden mit „Deutsches Reich (Reichsjustizverwaltung)" (VO. v. 8. März 1935 [RGBl. I, 358]) oder der Luftfahrtverwaltung mit „Reichsfiskus (Luftfahrt)" (RMinBl. 1937, 735). Mit „Deutsches Reich (Deutsche Reichspost)" ist die Deutsche Reichspost also überall dort zu benennen, wo sie als Träger von Vermögensrechten, als Fiskus, auftritt, nicht nur als Prozeßpartei, sondern auch in bürgerlichrechtlichen Verträgen und bei Eintragungen im Grundbuch (Ohnesorge a. a. O.).

Welche Behörden berufen sind, das Deutsche Reich in seiner Eigenschaft als Träger des Postwesens, als Postfiskus, in Rechtsangelegenheiten zu vertreten, ist aus der verwaltungsrechtlichen Ordnung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten innerhalb der Deutschen Reichspost zu entnehmen. Häufig wird angenommen, daß die Ämter (Postämter, Telegraphenbauämter usw.), die dem Verwaltungsfremden als Dienststellen der Deutschen Reichspost am besten bekannt sind und deren Tätigkeit ihm am meisten in die Augen springt, auch diese Aufgabe hätten. Andere, die glauben ganz sicher zu gehen, richten Prozeßhandlungen un-

mittelbar gegen den Reichspostminister. Beides ist in der Regel falsch.

Eine besondere Vertretungsordnung, wie sie z. B. für die Luftfahrtverwaltung erlassen ist, besteht für die Deutsche Reichspost nicht. Grundlage für die Vertretung des Deutschen Reichs (Deutsche Reichspost) bildet die allgemeine Zuständigkeitsordnung der Deutschen Reichspost v. 13. März 1928 (ABl. des RPM. 136/1928 S. 115), die durch weitere Anordnungen des Reichspostministers ergänzt ist. Gesetzlicher Vertreter der hiernach im Einzelfall zuständigen Behörde ist ihr Leiter.

Die allgemeine Zuständigkeit für die Angelegenheiten der Deutschen Reichspost liegt bei den Reichspostdirektionen (seit dem 1. April 1934 ist die Bezeichnung Oberpostdirektion, wie sie noch in den Erläuterungswerken zur ZPO. gebraucht wird, weggefallen). Sie besitzen die Eigenschaft einer höheren Reichsbehörde und führen innerhalb ihres Bezirks die gesamte Verwaltung des Postwesens. Sie entscheiden selbständig und unter eigener Verantwortung in allen Angelegenheiten, die sich nicht das Reichspostministerium vorbehalten hat oder für die nicht ausdrücklich die Zuständigkeit einer anderen Dienststelle bestimmt ist (§ 3 ZustO.). Mit dieser weitreichenden Ermächtigung ist den Reichspostdirektionen — und damit deren Präsidenten — für ihren örtlichen und sachlichen Geschäftsbereich auch die Vertretung der Deutschen Reichspost als Fiskus übertragen. Dies ist noch besonders durch eine Verfügung des Reichspostministers v. 8. Mai 1928 (ABl. des RPM. 230/1928 S. 237) erläutert und klargestellt, nach der die Präsidenten der Reichspostdirektionen die Deutsche Reichspost in allen Angelegenheiten der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb ihres Geschäftsbereichs, auch bei Verträgen über den Kauf, Verkauf oder Tausch von Grundstücken zu vertreten haben und nachgeordnete Stellen oder Personen mit der Vertretung der Deutschen Reichspost in diesen Angelegenheiten betrauen können. Ersatzansprüche aus dem Postbenutzungsverhältnis, z. B. wegen Beschädigung eines Postpakets, müssen nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 13 PostG.) in allen Fällen gegen die Reichspostdirektion gerichtet werden, in deren Bezirk die Sendung eingeliefert oder, wenn es sich um einen Anspruch aus dem Postreisedienst handelt, die Reise angetreten wurde. Allerdings ist es in diesen Fällen zugelassen, den Anspruch auch bei einem Amt oder einer Amtsstelle der Deutschen Reichspost anzubringen. Doch wird die sechsmonatige Verjährungsfrist für einen solchen Anspruch nur unterbrochen, wenn er rechtzeitig bei der zuständigen Reichspostdirektion eingeht.

Die Reichspostdirektionen sind nicht die einzigen höheren Verwaltungsbehörden der Deutschen Reichspost. Ihnen sind rangmäßig gleichgeordnet das Reichspostzentralamt (§ 2 ZustO.), die Reichspostforschungsanstalt (ABl. des RPM. 11/1937 S. 23), die Reichspostbaudirektion Berlin (ABl. des RPM. 268/1937 S. 517) und das Postsparkassenamt in Wien (Erlaß des Führers und Reichskanzlers zur Regelung des Postsparkassenwesens im Deutschen Reich v. 26. Aug. 1938 [RGBl. I, 1061]). Für ihren Geschäftsbereich, der außerhalb der gebietlichen Aufgliederung der Deutschen Reichspost steht und nur sachlich bestimmt ist, vertreten die Präsidenten dieser Behörden das Deutsche Reich (Deutsche Reichspost). Nur ihnen sind, ebenso wie den Präsidenten der Reichspostdirektionen, Pfändungen gegen das ihnen unterstellte Personal zuzustellen.

Durch die Übertragung der Vertretung des Postfiskus auf die Mittelbehörden hat sich aber der Reichspostminister nicht der Möglichkeit begeben, die Vertretung selbst zu übernehmen. Er kann dies jederzeit, da er als die Spitze und der höchste Leiter der Deutschen Reichspost ihr geborener Vertreter und die Regelung der Zuständigkeiten nur der Ausfluß seiner Organisationsmacht ist. In Angelegenheiten, die im Reichspostministerium bearbeitet werden und für die keine der Mittelbehörden zuständig ist, oder wenn es sich um Personen handelt, die im Reichspostministerium beschäftigt sind, ist die Vertretung der Deutschen Reichspost beim Reichspostminister verblieben. Auch in diesen Fällen kann er sie auf andere Dienststellen übertragen, wenn nicht etwa in einem Rechtsstreit bereits durch Einlassung eine Bindung eingetreten ist.

Die Ämter und Amtsstellen der Deutschen Reichspost, wie Postämter, Fernsprechämter, Telegraphenämter, Postagenturen usw., sind zur gerichtlichen Vertretung des Postfiskus nicht befugt. Sie sind es auch dann nicht, wenn sie auf Grund ihrer Zuständigkeit Verträge abgeschlossen haben oder Arbeiter und Angestellte einstellen und entlassen können. Wenn aus den dadurch geschaffenen Rechtsbeziehungen ein Rechtsstreit entsteht, vertritt der Präsident der übergeordneten Reichspostdirektion das Deutsche Reich. Dieser allein kann klagen und nur gegen ihn ist eine Klage zu richten. Auch für Gehalts- und Lohnpfändungen gegen Personen, die bei einem Amt beschäftigt sind, kommt als Vertreter des Drittschuldners, des Reichs, und als Zustellungsempfänger nur die zuständige Reichspostdirektion in Betracht. Dem Amt zugestellte Pfändungen können bei der Formstrenge der Prozeßvorschriften nicht berücksichtigt werden, auch wenn der Pfändungsbeschluß vom Amt an die Reichspostdirektion weitergegeben wird. Der Ausschluß von der Vertretungsbefugnis gilt grundsätzlich auch für die Postscheckämter. Eine Ausnahme besteht für diese aber insofern, als auf Grund der Bekanntmachung des Reichspostministers v. 10. Juli 1921 (ZBl. für das Deutsche Reich 1921, 636) nur die Postscheckämter Zustellungsempfänger für Pfändungsbeschlüsse und Vorpfändungen sind, die sich auf Postscheckguthaben beziehen. In diesem Fall wären Zustellungen an die Reichspostdirektionen nicht rechtswirksam.

Für alle Rechtsstreitigkeiten, in denen es sich um vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, Ruhestandsbeamten und Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis (§ 144 DBG.) oder um Klagen nach § 8 oder § 9 ErstattungsG. handelt, hat der Reichspostminister als oberste Dienstbehörde von der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Vertretung des Dienstherrn, d. i. des Deutschen Reichs, durch Anordnung v. 21. Aug. 1937 (MinBl. des RMdI. 1937, 1557) auf die Mittelbehörden zu übertragen. Es bleibt daher auch in diesen Fällen, gleichgültig ob vor den ordentlichen oder Verwaltungsgerichten, bei der gleichen Regelung wie sonst.

Eine Sonderstellung nimmt die Versorgungsanstalt der Deutschen Reichspost mit dem Sitz in Dresden ein, die den Zweck hat, die Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Arbeiter und Angestellten der Deutschen Reichspost zu ergänzen. Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und besitzt damit eigene Rechtspersönlichkeit (§ 1 der Satzung der Versorgungsanstalt der Deutschen Reichspost). Ihr gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 26 BGB. ist der vom Reichspostminister ernannte Anstaltsvorsitzende. Mit dieser Stellung ist in Personalunion vereinigt das Amt des Leiters der Hauptverwaltung der Versorgungsanstalt der Deutschen Reichspost. Der Hauptverwaltung, die eine dem Reichspostminister unmittelbar unterstellte Behörde und den Reichspostdirektionen gleichgestellt ist, obliegt die Wahrnehmung der behördlichen Aufgaben, die mit der Geschäftsführung der Versorgungsanstalt verbunden sind. Als „Präsident der Hauptverwaltung der Versorgungsanstalt der Deutschen Reichspost" vertritt der Vorsitzende der Versorgungsanstalt auch das Deutsche Reich (Deutsche Reichspost) für den Geschäftsbereich der Hauptverwaltung, z. B. also in beamtenrechtlichen Streitigkeiten. Der Versorgungsanstalt ist ferner das Amt für Unfallversicherung der Deutschen Reichspost, das die Angelegenheiten der Reichsunfallversicherung bearbeitet, angeschlossen. Der Leiter des Amts ist ebenfalls personengleich mit dem Vorsitzenden der Versorgungsanstalt und dem Präsidenten der Hauptverwaltung der Versorgungsanstalt der Deutschen Reichspost.

Außerhalb der Deutschen Reichspost steht die Reichsdruckerei, sie ist aber dem Reichspostminister unmittelbar persönlich unterstellt, in seinen Händen liegt ihre oberste Leitung. Die Reichsdruckerei ist nicht Bestandteil des Postsondervermögens des Reichs, sie wird nach eigenem Haushaltsplan verwaltet. Sie hat die Eigenschaft einer höheren Reichsbehörde und ist zur Vertretung des Reichsfiskus in ihren Angelegenheiten berufen. Gesetzlicher Vertreter ist der Direktor der Reichsdruckerei.

Postrat Dr. Artur Moser, Berlin.

Wohlanständigkeit eine rein persönliche Empfindung?

Zur Wandlung eines Rechtsbegriffs (§ 263 StGB.)

Ein treffliches Beispiel geläuterter Rechtsauffassung bietet die Entscheidung des RG. v. 22. Dez. 1938[1]), wonach, wer einen gutgläubigen Dritten durch Täuschung zum Ankauf einer unterschlagenen Sache bestimmt, Betrug zum Nachteil des Erwerbers begeht, obgleich dieser nach § 932

[1]) DJ. 1939, 398.

BGB. Eigentum an dem Kaufgegenstand erwirbt. Hiermit ist nach 24 Jahren die durch Urteil des RG. v. 12. Nov. 1914[2]) mißbilligte Rechtsmeinung des LG. Meiningen rehabilitiert. Die frühere Verneinung der Strafbarkeit ist nicht verwunderlich; sie beruhte auf jenem Moral und Recht spaltenden konstruktiven Rechtsdenken, wie es unter Vernachlässigung der im Volke lebenden sittlichen Vorstellungen schließlich zu einer Spaltung von Volk und Justiz führen mußte. Man leugnete das Vorliegen eines Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB., weil ja der Getäuschte sich gegenüber Herausgabeansprüchen des Geschädigten rechtlich auf seinen gutgläubigen Erwerb und das dadurch erlangte Eigentum zu berufen vermochte. Eine sittliche Wertung des erlangten Eigentums fand nicht statt. Der Herkunftsmakel, den die Sache in der ungetreuen Hand des Veräußerers empfangen hatte, machte sie wirtschaftlich nicht minderwertig. Gesittung und Gewissen des Erwerbers, die ihn zur Rückgabe des Erlangten an den Geschädigten veranlassen mochten, blieben seine für die rechtliche Beurteilung bedeutungslose Privatangelegenheit. War er juristisch nicht verpflichtet, so hatte man von Rechts wegen nach Moral nicht zu fragen. Diese stellte für sich allein im Rechtsleben keinen beachtlichen sachlichen Wert dar, vermochte daher auch keine gegenständliche Wertminderung zu begründen. Wortwörtlich müssen folgerichtig nach jener alten Entscheidung „Verpflichtungen, die jemand über die Rechtspflicht hinaus aus Rücksicht auf die Wohlanständigkeit übernimmt, als auf rein persönlichen Empfindungen beruhend, für die nach der objektiven Sachlage zu entscheidende Frage der Vermögensbeschädigung grundsätzlich außer Betracht bleiben". Diese rein materialistische, jede ideelle Wertung ablehnende Vermögensauffassung hat in der Volksanschauung keine Grundlage. Sie konnte nur auf dem Boden einer Rechtslehre wachsen, die ohne blutmäßige Bindung zum Volke sich Selbstzweck war. Mehr und mehr aber füllt die gesunde Anschauung die wesenlosen Begriffe auf. Das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. wandelt seinen Inhalt. Leistung ist keineswegs unbedingt gleich Leistung; vielmehr kann der wirtschaftliche Wertbegriff auch wesentlich ideell bedingt sein.

So hat das LG. Königsberg[3]) zutreffend im Gegensatz zum AG. das Hauptverfahren eröffnet, weil es eine deutsche Schauspielerin, die im Rundfunk entgeldlich literarische Erzeugnisse einer ihr befreundeten jüdischen Journalistin als eigene vortrug, der betrügerischen Vermögensbeschädigung des Reichssenders für schuldig erachtet, obwohl die Darbietungen zuvor der Sendeleitung zur Prüfung vorgelegen und bei ihr und später der Hörerschaft Anklang gefunden haben. Denn als jüdische Geisteserzeugnisse waren sie für einen deutschen Rundfunksender untragbar, auch wenn sie zufolge ihrer Belanglosigkeit keinen nachweisbaren rassischen Gedankeneinschlag getragen haben sollten. Der sittliche Makel der Leistung ist es, der ihren vermögensrechtlichen Wert herabminderte. In dieser Richtung liegt auch der Fall jenes Schwindlers, der, sich als Gerichtsassessor ausgebend, bei der Bäckerinnung eine an sich abgeschlossene Hochschulbildung nicht voraussetzende Anstellung erschlich und der mit Billigung des RG.[4]) wegen Betruges verurteilt wurde, obgleich seine Leistungen an sich zufriedenstellend und den Erwartungen entsprechend gewesen waren. Ihnen haftete aber der sittliche Makel des sie leistenden Betrügers an. Und hierher würde auch der Fall des geschäftstüchtigen Juden gehören, der im Jahre 1933 nach der Machtübernahme des Führers beschleunigt eine Anzahl pseudonationalsozialistischer Marschlieder einschließlich eines „Nationalmarsches Heil Deutschland" unter dem Namen Krafft verfaßte und unter dem Namen Wehrmann vertonte[5]), in der Absicht, deutsche Volksgenossen über die jüdische Autorschaft hinwegzutäuschen. Nunmehr hat es das RG.[6]) klar ausgesprochen: „Auch abgesehen von besonderen Umständen kann es für die wirtschaftliche Bewertung einer Leistung nicht ohne Einfluß sein, daß sie mit einem sittlichen Makel behaftet ist; denn ein solcher macht sie nach gesundem Volksempfinden auch als Vermögensstück minderwertig. Diese Tatsache heischt Beachtung auch bei der Beurteilung der Frage, ob eine Vermögensbeschädigung im Rechtssinne vorliegt." Dem ist zur Klarstellung nichts hinzuzufügen.

AGR. Dr. Linkhorst, Lieberose.

[2]) RGSt. 49, 16.
[3]) Vgl. DR. 1938, 204.
[4]) JW. 1938, 2902.
[5]) Vgl. Stengel, „Geschichte eines Notenklebers": Völk. Beob. Nr. 57/39.
[6]) DJ. 1939, 398.

Bedarf der Antrag auf Eintragung des Eigentümers auf Grund eines Ausschlußurteils (§ 927 Bürgerliches Gesetzbuch) der Form des § 29 Grundbuchordnung?

Gemäß § 22 Abs. 2 GBO. darf die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Die Zustimmung bedarf als eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung der Form des § 29 GBO. Soweit der Eintragungsantrag diese Zustimmung ersetzt, bedarf auch der Eintragungsantrag der Form des § 29 GBO. Der Gesetzgeber hat die Zustimmung des Eigentümers deshalb für erforderlich gehalten, weil „das Eigentum nicht nur Rechte, sondern auch Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, insbesondere in steuerlicher und polizeilicher Hinsicht gewährt".

Der Hauptanwendungsfall des § 22 Abs. 2 GBO. ist die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Erben. Gemäß § 1922 BGB. geht mit dem Erbfall das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben über. Der Erbfall hat dingliche Wirkung in dem Sinne, daß das Eigentum unmittelbar auf den Erben übergeht. Läßt also der Erbe sich auf Grund des Erbfalles als Eigentümer in das Grundbuch eintragen, so handelt es sich nur um eine Berichtigung des durch den Erbfall unrichtig gewordenen Grundbuchs. Der Erbe ist schon Eigentümer geworden durch den Erbfall. Er wird es nicht erst durch die Eintragung.

Im Gegensatz dazu hat die Eintragung desjenigen, der gemäß § 927 BGB. ein Ausschlußurteil erwirkt hat, rechtsbegründende Kraft. Mit der Verkündung des Ausschlußurteils wird das Grundstück herrenlos. Mit der Eintragung in das Grundbuch erlangt derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, das Eigentum. Von diesem Zeitpunkt an hat er die öffentlichen Lasten, die auf dem Grundstück ruhen, zu tragen, während bis zur Eintragung desjenigen, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, ein Schuldner der öffentlichen Lasten nicht vorhanden ist, da das Grundstück bis zu diesem Zeitpunkt herrenlos ist.

Seinem bloßen Wortlaut nach findet § 22 Abs. 2 GBO. auf die Eintragung desjenigen, der ein Ausschlußurteil erwirkt hat, keine Anwendung. Denn § 22 Abs. 2 GBO. setzt einmal voraus, daß es sich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt. Das Grundbuch ist im letzteren Falle aber nicht unrichtig, da derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, erst mit der Eintragung ins Grundbuch das Eigentum erwirbt. § 22 Abs. 2 GBO. kann aber auch deshalb unmittelbar keine Anwendung finden, weil es die Zustimmung „des Eigentümers" verlangt, also voraussetzt, daß schon ein Eigentümer vorhanden ist. Derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist aber nicht schon vor der Eintragung, sondern wird erst mit der Eintragung Grundstückseigentümer.

Die Nichtanwendbarkeit § 22 Abs. 2 GBO. hätte also zur Folge, daß der Antrag auf Eintragung des Eigentümers auf Grund eines Ausschlußurteils formlos gestellt werden könnte, da er keine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt. Dies ist auch die Ansicht der maßgebenden Erläuterungsbücher (Güthe-Triebel [6] § 19 Anm. 137). Diese Auffassung wird man jedoch nicht als richtig anerkennen können. Sie wird zwar dem Wortlaut, aber nicht dem Sinn des Gesetzes gerecht. Die Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO. ist deshalb erforderlich, weil mit dem Eigentum öffentliche Lasten verbunden sind und niemand ohne seinen Willen als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden soll. Wenn man nun schon die Form des § 29 GBO. für erforderlich hält für einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung desjenigen, der schon vorher Eigentümer war, so wird man die Form des § 29 GBO. um so mehr für erforderlich halten müssen, wenn es sich um einen Antrag auf Eintragung desjenigen handelt, der vorher noch nicht Eigentümer war, es vielmehr erst durch die Eintragung wird. Eine entgegengesetzte Auffassung würde dem Sinne des Gesetzes widersprechen. Man wird deshalb in sinngemäßer Anwendung von § 22 Abs. 2 GBO. für den Antrag auf Eintragung des Eigentümers auf Grund eines Ausschlußurteils die Form des § 29 GBO. verlangen müssen.

Assessor Dr. Feldmann, Allenstein.

Aus Forschung und Lehre

Ein Franzose über die nationalsozialistische Rechtsauffassung [1])

Das vorliegende Werk entstand unter dem Protektorat des Direktors des Instituts für Rechtsvergleichung an der Universität Toulouse Prof. Jacques Maury, und erschien in der Schriftenreihe für öffentliches Recht der „Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Toulouse". Wie J. Maury in seinem Vorwort ausführt, soll es dem dringenden Bedürfnis nach einem Bericht über die nationalsozialistische Rechtsentwicklung in französischer Sprache abhelfen. Nach anfänglicher Ablehnung begannen sich in den letzten Jahren weite Kreise des französischen Volkes für dieses Recht zu interessieren, das nicht nur wegen seiner Neuheit und revolutionären Haltung Aufmerksamkeit erweckte, sondern auch in seiner Bedeutung für bevorstehende politische Entscheidungen von größter Wichtigkeit erschien. Die philosophische Grundhaltung versucht Maury schon in seinem Vorwort anzudeuten. Er hebt die nationalsozialistische Auffassung vom Recht von der Lehre der Positivisten ab und sagt, man komme in Deutschland eher der These der Soziologen entgegen, wenn man heute den rein formellen Gegensatz von Sein und Sollen fallen lasse und versuche, das Rechtsphänomen in seiner Ganzheit und Einheit zu begreifen. Es sei für das Verstehen der nationalsozialistischen Konstruktion von Bedeutung zu wissen, daß man gerade von dieser „Identität von Recht und Volksinteresse" Folgerungen, wie die Beseitigung der subjektiven Rechte ableite. Es hätte ferner nicht genügt, wenn der Verf. in diesem Buch lediglich die weltanschaulichen Grundlagen der nationalsozialistischen Rechtsauffassung behandelt hätte. Wenn ein Recht gleichzeitig soziales Phänomen und Herrschaftsnorm sei, wenn es gleichzeitig dem Sollen und dem Sein angehöre, dann könne man nur Rechenschaft darüber ablegen, wenn man neben den Begriffen und Prinzipien auch die Institutionen darstelle, die diese verwirklichen. Der Begriff „lebendes Recht" und „werdendes Recht" erfordere, daß man sowohl die Faktoren als auch die Verwirklichungen kenne.

Der Verf. bringt in einer kurzen Einleitung einen geschichtlichen Abriß über die Novemberrevolte 1918, die Weimarer Verfassung, die Entstehung der nationalsozialistischen Bewegung und ihr Parteiprogramm. Im ersten Abschnitt behandelt er die Organisation des Dritten Reiches. Er stellt die nationalsozialistische Konstruktion dem liberalen und marxistischen System gegenüber, spricht über den Wert der Weimarer Verfassung und die Bedeutung der Grundgesetze des Dritten Reiches für den Neuaufbau von Verfassung und Verwaltung. Hieran schließen sich zwei Kapitel über die Bedeutung von „Führer" und „Volk". Im zweiten Abschnitt behandelt der Verf. die nationalsozialistische Rechtsideologie. Er erkennt im juristischen Denken des Nationalsozialismus die germanische Reaktion gegen das römische Recht, gegen den „démo-libéralisme" und den Positivismus. Im dritten Abschnitt des Buches unternimmt der Verf. den Versuch einer Kritik. Er behandelt kritisch das Verhältnis von Rasse und Recht, spricht über den Führerbefehl als alleinige Rechtsquelle und über die Nachfolge und Verantwortlichkeit des Führers. Am Schluß seines Buches stellt er das nationalsozialistische Recht als die drohende Gefahr der menschlichen Zivilisation hin und sieht in der „Absorption des Individuums im Volk", in der „Unterdrückung des droit international" und in der „Verneinung der Menschheitsidee" den Untergang jeder Freiheit.

Die Grundelemente der nationalsozialistischen Weltanschauung sieht Cot im Nationalismus, in der Rassenlehre (rassisme) und im Autoritätsprinzip (S. 22). Einen Sozialismus scheint er nur im Rahmen liberaler und marxistischer Theorien anzuerkennen (S. 21). Unter stärkster Anlehnung an die deutsche Literatur schildert er den Kampf der neuen Ideen gegen die alten Ideologien und Institutionen und sodann das Bestreben, den Einklang zwischen dem Recht und dem Leben des Volkes wiederherzustellen (S. 124 ff.). Er bemüht sich ernstlich, seinen Lesern eine anschauliche und auch zunächst urteilsfreie Darstellung der deutschen Verfassungs- und Verwaltungsordnung einschließlich der ihr zugrunde liegenden Ideen zu vermitteln. Er schreibt etwa, daß man in Deutschland heute überall das rassische Denken zugrunde legen müsse, um die Verhältnisse von Führer und Volk, von Volk und Staat richtig verstehen zu können. Er erkennt, daß es hier um mehr geht als um ein geistiges Prinzip, nämlich um die wirkliche Herrschaft einer rassischen Auslese, die auch als herrschaftsberechtigt anerkannt wird. Er kritisiert Bonnard, der in seinem Buche: Le Droit et l'Etat dans la doctrine national-socialiste, 1936, in der deutschen Führerschicht lediglich eine hochgradige Durchdringung des „Volksgeistes" feststellt, und somit in ihr nur eine „élite morale" sieht (S. 26) [2]). Wie die deutsche Lehre nun die Rechtstheorie nach dem Zentralbegriff des rassegebundenen Volkes ausrichtet und damit einen von der herkömmlichen Lehre gänzlich abweichenden Weg einschlägt, erklärt Cot an dem Beispiel der juristischen Staatsperson (S. 28 ff.). Er hält die Beseitigung dieses Begriffes durch die nationalsozialistische Lehre für durchaus folgerichtig, denn bei seiner Anwendung würde das lebende, konkrete Volk auf den zweiten Platz im Staatsaufbau zurückgeworfen werden und der Führer nur noch als Delegierter bzw. als Organ der juristischen Person Staat gedacht werden können (S. 33 f.) [3]). Man habe es eben mit einer neuen staatsrechtlichen Lehre zu tun, die von anderen Grundsätzen ausgehe als die traditionelle französische Schule oder etwa die Theorie Kelsens [4]).

Es ist Marcel Cot gelungen, in den darstellenden Teilen seines Buches einen Überblick über die deutsche Rechtsentwicklung zu geben, wie es in diesem Umfang in der fran-

[1]) Zugleich eine Besprechung des Buches von Marcel Cot, La Conception Hitlérienne du Droit, Paris 1938.

[2]) „Pour l'éminent maître de la Faculté de Bordeaux, le Führer et les membres du parti national-socialiste ne représentent pas une élite racique, mais une élite morale: l'ensemble des gens pénétrés, au plus haut degré, de l'esprit national, ou Volksgeist. Cette explication, sans être entièrement inexacte, est à mon avis, superficielle, parce que trop intellectuelle. La théorie racique explique tout. Or, à quoi servirait la notion de race, capitale dans la doctrine national-socialiste — si importante que le professeur Bonnard croit pouvoir, par une schématisation hardie, en faire le seul élément du Volk — si, sur ce point, elle n'avait pas à se prononcer? Les nationaux-socialistes auront l'esprit du Volk, mais ils le possèderont nécessairement, en vertu d'une loi suprême, parce qu'ils sont de la race prédestinée" (S. 26 Anm.).

[3]) „Si l'on applique la théorie de la personnalité étatique au III e Reich, on constate que le Volk, élément vivant et concret, se trouve relégué au second plan, au profit de la personne morale Etat, qui le dépassant dans le passé et l'avenir, enferme dans sa compréhension illimitée la représentation des intérêts de tous les allemands; on constate ensuite que le Führer n'est qu'un délégué, qu'un organe de la personne morale, amené, comme tel, à n'user de ses pouvoirs que dans le sens d'une finalité déterminée, ce qui exclut le caractère originaire du pouvoir du Führer. Ces indications, qu'il serait aisé de développer, suffisent à faire ressortir que la construction constitutionnelle traditionnelle devait difficilement s'adapter aux affirmations premières du national-socialisme, et par suite, subir la critique des juristes du III e Reich. — C'est pourquoi nous estimons, avec M. le professeur Bonnard, que la doctrine de Höhn est la vraie théorie national-socialiste" (S. 33 f., vgl. auch S. 59).

[4]) „Le national-socialisme est, peut-on dire, l'anti Kelsen par excellence" (S. 138, vgl. auch S. 235).

zösischen Fachliteratur zuvor noch nicht geschehen war. Bedauerlich ist nur, daß er glaubte, diesen darstellenden Teilen eine Kritik und Wertung anschließen zu müssen. Hier fehlte ihm das persönliche Erlebnis. Er verfaßte sein Buch lediglich an Hand einer reichhaltigen Literatur und unterlag zwangsläufig derem Einfluß, soweit er die deutschen Verhältnisse wertend beschrieb. Da der Verf. auch die Emigrantenliteratur nicht verschmäht, sie vielmehr unterschiedslos mit heranzieht, können uns seine Entgleisungen nicht mehr überraschen. Wie eine kalte Dusche überfährt es am Schlusse des Buches den Leser, wenn ihm nunmehr gesagt wird, daß hinter der Fassade des Nationalsozialismus nichts anderes stehe als der Pangermanismus in neuer Aufmachung (S. 221 f.), daß der preußische Geist in Wahrheit gar nicht germanisch sei (S. 215), daß die deutsche Nation im Grunde nur ein ethnisches, politisches und soziales Chaos sei, dem man schwerlich eine einheitliche juristische Ausrichtung geben könne (S. 226), zumal die Logik keine nationalsozialistische Tugend sei (S. 224) [5]. Das Führerprinzip nennt Cot schließlich „une transposition germanique du césarisme" (S. 276) [6]. Die nationalsozialistische Propaganda sei nicht nur eine Gefahr für die Freiheit Deutschlands, sie sei eine drohende und sehr ernst zu nehmende Gefahr für die Zivilisation überhaupt (S. 276). Die nationalsozialistischen Gerichte machten Geschichte oder Politik, wendeten aber das Recht nicht mehr an. Und aus dem Bestehen eines „Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Partei und Staat" will der Verf. schließen, daß nunmehr jedem Deutschen die Pflicht auferlegt sei, sich als Spion und Denunziant zu betätigen, weil die Polizei die Überwachung ja nicht allein ausüben könne [7].

Es ist äußerst bedauerlich, daß M. Cot in diesem Maße den Aussagen emigrierter Juden sein Vertrauen schenkte. Wenn ihm diese auch persönlich bekannt sein mögen (S. 217), so hätte er doch nicht ohne eine unmittelbare Kenntnis des deutschen Volkes selbst an dessen Rechtsauffassung Kritik üben dürfen. Sein Werk hat dadurch für alle diejenigen, die eine unbefangene Darstellung der deutschen Verhältnisse suchen, ungemein an Wert verloren.

Arnold Heining, Königslutter.

---

[5]) S. auch S. 211: „Le nazisme n'est donc pas une doctrine logique rationnelle; il se satisfait d'un accord mystique entre l'âme racique et le droit positif."

[6]) „Sous des formules incontestablement neuves et avec des éléments idéologiques nouveaux, le national-socialisme reprend une construction politique connue, le césarisme" (S. 274).

[7]) „Aussi, tout membre du parti, et même tout allemand, a-t-il le devoir d'être un espion et un délateur. On comprendra aisément que c'est là un des plus sinistres aspects du régime" (S. 80).

Schrifttum

Die Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 8. Nov. 1933. Erläutert von Dr. Martin Jonas, SenPräs. b. RG., Mitgl. der Akademie für Deutsches Recht. 16. Aufl. des von Ludwig Gaupp begründeten Kommentars, völlig neubearb. unter Mitwirkung von Dr. Rudolf Pohle, LGDir. im RJM. In zwei Bänden. Lieferung 5 u. 6 (§§ 511—804). Tübingen 1938/39. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis Lieferung 5 brosch. 9 *RM*, Lieferung 6 brosch. 13 *RM*.

Die grundsätzlichen Bemerkungen der Besprechung des ersten Bandes JW. 1938, 2943 können hier sinngemäß nur wiederholt werden: zu jeder Frage wird der Benutzer die wesentlichen Auffassungen — soweit von Bedeutung, auch die älteren — finden und zu jeder feststellen, daß die Ansicht der früheren Auflagen sorgfältig auf ihre Geltung und Bewährung für heutige Rechtsauffassung und heutige Rechtspraxis nachgeprüft ist. Lieferung 5 umfaßt die §§ 688—804, Lieferung 6 die §§ 511—687. Durch diese Umstellung wurde erreicht, daß die Änderungen des Verfahrensrechts durch das EheG. berücksichtigt und ausführlich erläutert werden konnten. Die Besprechung folgt der Paragraphenfolge, sie kann nur stichwortartige Hinweise geben. Für EheG. und VollstrSch. zeigen neuestes angeführtes Schrifttum, neue Auffassung und zahlreiche neue Entscheidungen, welche Hilfe auch zu diesen Abschnitten die Neuauflage dem Rechtswahrer bedeutet.

Im einzelnen nur kurz folgendes: Zu Berufung und Revision ist nicht viel Neues, aber zur Revision die VO. v. 2. Dez. 1938 über Rev. aus den sudetendeutschen Gebieten schon berücksichtigt. Zum Eheprozeß ist veraltetes Schrifttum sorgfältig ausgeschieden, vor § 606 schon die Entsch. des RG. v. 15. Dez. 1938 über aus der Wiedervereinigung Österreichs mit Deutschland sich ergebende Staatsangehörigkeitsfragen angeführt. Zum zwischenstaatlichen Scheidungsverfahrensrecht sind bei § 606 ZPO. zahlreiche neue Hinweise vorhanden, unter IV neu und zu begrüßen die Zulassung der Widerklage in allen Fällen des § 606 ZPO. oder des Ges. v. 24. Jan. 1935. Zu § 627 wird jeder Rechtswahrer die klare Einteilung und Hervorhebung der Änderungen begrüßen, die diese selbständige einstweilige Regelung der Rechtsbeziehungen aus der Ehe bedeutet. Wenn hier die Aufgabe des Richters, den Parteien Hilfe zu bringen, sie nicht in einem zerstörenden Kleinkrieg zu unterstützen, besonders hervorgehoben ist, so kann hinzugefügt werden, daß hier für die Zusammenarbeit von Richter und Anwalt durch die Weite der Bestimmung und die Möglichkeit zwangloser Besprechung ein fruchtbares Feld gegeben scheint. Ob die Ausschließung der Öffentlichkeit in Familienstandssachen Beseitigung einer „ungewollten Lücke des Gesetzes" ist (vor § 640), scheint mir bei der vom RG. kürzlich wieder stark betonten Bedeutung der Öffentlichkeit und der Notwendigkeit ganz klarer Abgrenzung gerade bei derartigen Fragen zweifelhaft. Zu dem lebhaften Meinungswiderstreit zur Feststellung der Vaterschaft bietet § 644 eine vollständige Übersicht. —

Es liegt im Rahmen der Betrachtung des Prozeßgesetzes als eines Hilfsmittels zu Wahrheitsfindung und möglichst einfacher Lösung des Streites, wenn zu § 696 die Zurücknahme des Widerspruchs (Mahnverfahren) auch noch im Streitverfahren — entgegen den bisherigen Auflagen — für zulässig erklärt wird, ebenso wenn die Zuständigkeit des AG. bis zum Verweisungsantrag als fortdauernd angesehen wird (§ 697 I 2).

Vor § 704 ist neben dem Hinweis auf noch bestehende landesrechtliche Bestimmungen, nach denen sich die Vollstreckung häufig richtet, die Übersicht über das z. B. geltende Schuldnerschutzrecht (VollstrMißbrG., Vollstreckung in Erbhöfe, Landwirtsch. VollstrSch.) besonders zu erwähnen: gerade diese Fragen geben Anlaß zu mannigfachen Zweifeln und haben eigene Behandlung und Dokumentation durch neuestes Schrifttum und neue Entscheidungen in reichem Maße gefunden. Hinzuweisen wäre noch auf den Anhang zu § 723 (Vollstreckbarkeitsurteil), auf die von der bisherigen Meinung abweichende Beurteilung der Beweislast bei § 731 (I) und auf den ebenfalls neuen Standpunkt, daß über Gerichtsvollziehervorschüsse im Erinnerungsverfahren entschieden wird (§ 766, Note 8). Die Übersicht über die gesetzlich anerkannten Schuldtitel zu § 794 jagt ob deren Vielzahl einen gewissen Schrecken ein: sie ist aber mit mannigfachen neueren Erweiterungen dem praktischen Rechtswahrer unentbehrlich.

RA. Carl, Düsseldorf.

Dr. Werner Spohr: Handbuch des Verwaltungszwangsverfahrens. (Trowitzschs Rechts- und Verwaltungsbücherei.) Berlin 1938. Verlag Trowitzsch & Sohn. 530 S. Preis geb. 16,50 *RM*.

Der Verf. weist im „Vorwort" des Buches mit Recht darauf hin, daß das Verwaltungszwangsverfahren trotz seiner großen praktischen Bedeutung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum von jeher vernachlässigt worden sei. Um diesem zutreffend erkannten Mißstand abzuhelfen, hat der Verf. das vorliegende Werk geschaffen, das er a. a. O. in einer

prägnanten Formel „eine Gesamtdarstellung des Verwaltungsstreitverfahrens in Einzelstichworten" nennt. Diese Kennzeichnung gibt den Charakter des Buches treffend wieder: Alle für das Verwaltungszwangsverfahren irgendwie belangvollen Fragen werden in der alphabetischen Reihenfolge der einschlägigen Stichwörter behandelt, so daß das Werk das Aussehen eines juristischen Wörterbuches hat. Das Buch bietet also nicht etwa eine methodische Darstellung des Verwaltungszwangsverfahrens, d. h. keine lehrbuchartig-systematische Behandlung dieses Rechtsgebietes, sondern nur eine — allerdings umfassend angelegte — Aufhellung der jeweils einem bestimmten einschlägigen Stichwort zugeordneten Rechtsfragen. Das Buch ist somit, was der Verf. auch im „Vorwort" ausdrücklich als sein Ziel bezeichnet, „ganz auf die praktischen Bedürfnisse abgestellt". Es ist vor allem als eine Hilfe für die Vollstreckungsbehörden und Vollziehungsbeamten gedacht. „Das Buch soll der Vollstreckungsbehörde und dem Vollziehungsbeamten bei jeder einzelnen Vollstreckungsmaßnahme den richtigen Weg zeigen, ohne daß der Benutzer sich mühevoll die einschlägigen Bestimmungen aus einer großen Anzahl von Gesetzen heraussuchen müßte. Diesem Ziel dient die Anlage des Buches nach Art eines Lexikons. Sie gestattet, mit einem Griff die Antwort auf eine Frage zu finden" (a. a. O.). Man muß dem Verf. zugeben, daß er bei diesem ein wenig nach „Patentlösung" aussehenden Vorgehen die an sich wohl naheliegende Gefahr der Stoffzersplitterung und der ewigen Wiederholung oder der ständigen Verweisung im Rahmen des Möglichen geschickt gebannt hat. Das Buch vermittelt seinem Benutzer auch nicht etwa nur flüchtige, an der Oberfläche haftende Kenntnisse, sondern ist bei vielen, und zwar wohl regelmäßig bei den wichtigen Stichwörtern von einer geradezu monographischen Gründlichkeit. So rundet sich für den, der das Buch wirklich eindringlich benutzt, auch aus dem stichwortmäßig aufgeteilten Stoff mit der Zeit eine reife Gesamtvorstellung von dem behandelten Rechtsgebiet.

RA. Reuß, Berlin.

Dr. Ottmar Kollmann, Staatsrat, Präs. der Bayer. Versicherungskammer: Die Österreichische Verwaltung. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. München und Berlin 1938. 58 S. Preis geh. 1,80 *RM*.

Zu den größten, aber auch schönsten Aufgaben, die uns die Rückkehr der Ostmark ins Reich gebracht hat, gehört der Einbau der österreichischen Verwaltung in den Verwaltungsaufbau des Großdeutschen Reichs. Ein erheblicher Teil der hier auftretenden Fragen ist bereits gelöst, zahlreiche andere harren noch der Lösung. Da erscheint zur rechten Zeit die vorliegende treffliche Übersicht über die österreichische Verwaltung aus der Feder des Staatsrats Dr. Kollmann.

Gerade Dr. Kollmann war für diese Arbeit ganz besonders berufen: Schon vor Jahren, als Leiter eines bayerischen Bezirksamts, hatte er die Beziehungen zur benachbarten österreichischen Verwaltung aufgenommen und ihrem Wesen und ihren Einrichtungen eingehende Studien gewidmet, und in der Folgezeit hatte er auf Grund amtlicher Stellung Gelegenheit, eine Reihe von Länderverwaltungen im Altreich aus eigener Anschauung kennenzulernen. Beides ist der vorliegenden Arbeit in hervorragendem Maße zugute gekommen. Sie bringt einen alles Wesentliche enthaltenden Überblick über Grundlagen und „Faktoren" der österreichischen Verwaltung — Verwaltungsgebiet, Verwaltungsaufbau, Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsübung und Verwaltungsbeamte — nicht nur unter Hervorhebung ihrer Eigenart, sondern auch stets im Vergleich mit den entsprechenden Verhältnissen und Einrichtungen im Altreich und unter dem Gesichtspunkt der künftigen Rechtsgestaltung im Großdeutschen Reich, die auf verschiedenen Gebieten an österreichischen Erfahrungen und Vorbildern sicherlich nicht vorübergehen wird. In einem Abschnitt „Vorbildliches und Bemerkenswertes in der Österreichischen Verwaltung" hat Kollmann die hier in Betracht kommenden Einrichtungen sehr gut zusammengefaßt. Genannt seien hier nur die uneingeschränkte Durchführung des Grundsatzes von der Einheit der Verwaltung, die gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens, des Verwaltungsstrafrechts und Verwaltungsstrafverfahrens, ferner allgemein die weitgehende Wahrung der Zuständigkeit des Verwaltungsrichters für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Wesentlich sind hier besonders die Nachprüfung von Verordnungen allein durch das oberste (und einzige) Verwaltungsgericht sowie dessen bindende Rechtsgutachten über Auslegung von Verwaltungsvorschriften von grundsätzlicher Bedeutung.

So bietet Kollmanns Schrift dem Benutzer eine Fülle von Belehrung und Anregung und bildet, zumal da auch die einschlagende nationalsozialistische Gesetzgebung schon berücksichtigt ist, einen ausgezeichneten Führer durch die Verwaltungsordnung der Ostmark. Sie wird ein unentbehrliches Hilfsmittel sein für alle, die sich mit Verwaltungsfragen der Ostmark zu befassen haben, darüber hinaus aber auch für jeden Rechtswahrer, der an der Zukunft der deutschen Verwaltung und des deutschen Verwaltungsrechts Anteil nimmt.

ORegR. Dr. Emig, Berlin.

Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich. Herausgegeben vom Statistischen Reichsamt. 57. Jahrgang 1938. Berlin 1938. Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik, Paul Schmidt. Preis 6,80 *RM*.

In einer so raschlebigen Zeit wie der heutigen ist es besonders für den Rechtswahrer in Staat und Wirtschaft dringend notwendig, ein Nachschlagewerk zu besitzen, in dem über alle Wissensgebiete konkreteste Unterlagen zu finden sind. Die Arbeit und die Kosten für eigene Sammlungen von Zeitungsausschnitten erspart das Statistische Jahrbuch, dessen vielseitige Übersichten die neuesten statistischen Ergebnisse über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Verhältnisse — nach regionalen, sachlichen und persönlichen Gesichtspunkten ausgeschieden — des In- und Auslandes wiedergeben. Täglich zeigt sich bei allen möglichen Entscheidungen die Notwendigkeit konkreter Zahlenunterlagen, die im Augenblick nicht oder nur schwer greifbar sind. Das Statistische Jahrbuch kann hier als eines der vollendetsten Nachschlagewerke dienen. Trotz der rund 1000 Seiten hat das Buch ein durchaus handliches Format und für die zahllosen Übersichten ein lückenloses Schlagwortverzeichnis, das die Benützung des Buches jedem ermöglicht. Daneben sind in einem Quellenverzeichnis weitere einschlägige wesentliche Erscheinungen über die jeweilige Frage zusammengestellt.

Nicht allein statistische Ergebnisse über fast alle Lebensgebiete neben allgemein wichtigen Daten sind zu finden, sondern zahllose andere Angaben, wie beispielsweise Tariflöhne, Preise, Lebenshaltungskosten, volkswirtschaftliche Bilanzen, Ziffern über Erzeugung und Verbrauch in einzelnen Gebieten, Wirtschaftsdaten und andere wesentliche Tatsachen. Erhöht wird der Wert des neuesten Bandes durch die möglichste Berücksichtigung der Verhältnisse im Großdeutschen Reich, die sich von den bisher gewohnten oft grundlegend unterscheiden. Gerade die Nachweise über Österreich und das Sudetenland — mit teilweisen Angaben für kleinere Gebiete und Gemeinden — beanspruchen größtes Interesse.

Das Werk ist der Rechenschaftsbericht von den Leistungen des nationalsozialistischen Staates sowie ein Überblick über die gesamten Verhältnisse im Reich und in der ganzen Welt; es ist aber auch ein Beweis für den hohen Stand der deutschen Statistik, ihre Notwendigkeit und Brauchbarkeit. Es gehört wie eine Gesetzessammlung zum unentbehrlichsten Rüstzeug auch des Rechtswahrers, besonders des Wirtschaftsrechtlers, gleichgültig wo und wie er tätig ist.

Ass. Dr. Krug, München.

Deutscher Gesetzesanzeiger. Herausgegeben von Dr. Georg Volkhardt, RA. in München. Gesamtnachtrag zur 2. Aufl. Stand vom 1. Jan. 1939. Stuttgart 1939. R. Boorberg-Verlag. 165 S. Preis kart. 2 *RM*.

Das Buch enthält die Fundstellen des geltenden Reichsrechts nach dem Stande vom 1. Jan. 1939. Es ist ein praktisches Handbuch. Wir verweisen auf die Besprechung JW. 1938, 2946.

D. S.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

**** 1. RG. — §§ 20 a, 42 e, 42 k, 51 StGB. Bei einem erheblich vermindert Zurechnungsfähigen, der weder heilbar noch pflegebedürftig ist, ist in der Regel nicht die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, sondern die Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn auch sie zulässig ist.**

Das Gericht stellt fest, die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. sei erheblich vermindert (§ 51 Abs. 2 StGB.). Es ordnet daher die Unterbringung des Angekl., der bereits viermal „einschlägig" (§§ 176 Nr. 33, 185 StGB.) vorbestraft ist, in einer Heil- oder Pflegeanstalt an, da die öffentliche Sicherheit dies erfordere. Die Erforderlichkeit der Unterbringung ist an und für sich zutreffend begründet. Das Urteil führt aber an anderer Stelle aus, der Sachverständige bezeichne die Gefahr, daß der Angekl. in der Freiheit immer wieder entgleisen werde, als groß. „Eine Entmannung würde hier helfen, indem sie die geschlechtliche Bedürftigkeit des Angekl. herabsetzen würde, ohne ihm sonst zu schaden." Gleichwohl läßt die StrK. im Ergebnis die Frage dahingestellt, ob die sonstigen Voraussetzungen des § 42 k StGB. erfüllt seien, da die öffentliche Sicherheit die Entmannung nicht mehr erfordere, nachdem die Unterbringung angeordnet sei. Diese Behandlung der Frage ist rechtsirrig. Das Gericht muß sich grundsätzlich in jedem Falle, in dem über die Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung zu entscheiden ist, zunächst Klarheit darüber verschaffen, welche Sicherungsmaßregeln bei dem Angekl. nach dem vorl. Sachverhalt an sich gesetzlich zulässig sind. Dabei wäre hier auch zu prüfen gewesen, ob nicht weiter der § 20 a StGB., nach der Höhe der Vorstrafen wohl nur in seinem Abs. 2, anzuwenden war und daher auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung als weitere Sicherungsmaßregel in Betracht kam.

Unter den verschiedenen zulässigen Sicherungsmaßregeln hat der Tatrichter nach den in der Rspr. entwickelten Grundsätzen die Auswahl zu treffen oder auch alle oder einige von ihnen nebeneinander anzuordnen. Dabei kommt es in erster Linie darauf an, welche Maßnahme dem Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit am besten entspricht (vgl. RGUrt. 1 D 385/36 v. 27. Nov. 1936: HöchstRRspr. 1937 Nr. 604; 4 D 138/38 v. 15. März 1938: JW. 1938, 1313[1]; 4 D 324/38 v. 17. Mai 1938: JW. 1938, 1877[1]). Hierbei ist, wie die Rspr. des RG. namentlich in neuester Zeit wiederholt betont hat, neben der Frage, welche Maßnahme der Allgemeinheit die erforderliche Sicherheit vor weiteren Angriffen des Verbrechers biete, auch der Gesichtspunkt zu beachten, welche Sicherungsmaßregel den Umständen nach die zweckmäßigste („geeignetste") ist (vgl. RGSt. 72, 151, 152; das RGUrt. 3 D 948/38 v. 22. Dez. 1938: JW. 1939, 399[1]; auch schon RGSt. 69, 129, 134, 135 = JW. 1935, 1411[10]). Danach ist bei einem erheblich vermindert Zurechnungsfähigen, der weder heilbar noch pflegebedürftig ist, in der Regel nicht die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, die für derartige Gewohnheitsverbrecher nicht der geeignete Aufenthalt ist, sondern die Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn auch sie zulässig ist. Läßt sich, namentlich mit Rücksicht auf die Unsicherheit über die weitere Entwickelung des Zustandes des Angekl. nicht entscheiden, welche Maßnahme hiernach geboten ist, so kann es sich empfehlen, mehrere Maßnahmen nebeneinander anzuordnen und es der Vollstreckungsbehörde zu überlassen, den Verurteilten je nach seinem Zustande in der einen oder anderen Anstalt unterzubringen und gegebenenfalls die Anstalt später zu wechseln. In der Regel wird das Gericht hiernach schon unter dem Gesichtspunkte der öffentlichen Belange zu einem abschließenden Ergebnis kommen (RGSt. 69, 31, 32).

Soweit jedoch auf Grund der genannten Erwägungen keiner Maßnahme der Vorzug zu geben und es auch nicht geboten sein sollte, mehrere Maßnahmen gleichzeitig anzuordnen, wäre weiterhin zu prüfen, welche Maßnahme den Angekl. seiner ganzen Persönlichkeit und seinen Verhältnissen nach am wenigsten schwer trifft; denn es entspricht der Gerechtigkeit, daß niemand mit härteren Sicherungsmaßregeln belegt wird, als sie der zuverlässige und zweckmäßige Schutz der Allgemeinheit „erfordert". Das liegt schon in dem Begriffe dieses Wortes; denn die öffentliche Sicherheit „erfordert" keine schwereren Maßnahmen als solche, die den Schutz der Allgemeinheit in zuverlässiger und zweckmäßiger Weise sicherstellen. So dürfte z. B. auch aus diesem Gesichtspunkte die Sicherungsverwahrung oder die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nicht angeordnet werden, wenn etwa die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder ein Berufsverbot zum Schutze der Allgemeinheit ausreichend und geeignet sein würde. Dies entspricht der ständigen Rspr. des RG. (vgl. u. a. RGUrt. 1 D 385/36 v. 27. Nov. 1936: HöchstRRspr. 1937 Nr. 604; 4 D 138/38 v. 15. März 1938: JW. 1938, 1313[1]; 2 D 503/37 v. 14. Okt. 1937: JW. 1937, 3301[3]; 1 D 108/38 v. 5. April 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1203).

Unter den angeführten Gesichtspunkten wird auch zu prüfen sein, ob die Entmannung geboten sein und ausreichen würde. Im Urteil ist ausdrücklich ausgeführt, wie oben hervorgehoben worden ist, daß sie den Trieb des Angekl. herabsetzen würde, ohne ihm sonst zu schaden. Sollte allerdings keine genügende Gewähr dafür bestehen, daß sie überhaupt oder während der Strafhaft ausreichend wirksam werden würde, müßten, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen im übrigen dafür vorlägen, daneben oder an ihrer Stelle eine oder mehrere mit einer Verwahrung des Angekl. verbundene Sicherungsmaßregeln angeordnet werden. Auch hat das RG. bereits betont, daß gegebenenfalls nicht nur aus dem Gesichtspunkte des größeren Schutzes der Allgemeinheit, sondern auch der geringeren Beschwer des Angekl. angezeigt sein kann, die Entmannug in Verbindung mit derartigen Sicherungsmaßregeln anzuordnen; denn das Wirksamwerden der Entmannung eröffnet dem Angekl. die Möglichkeit, später aus der Verwahrung entlassen zu werden, während dies ohne die Entmannung regelmäßig nicht möglich sein wird (vgl. RGUrt. 4 D 400/38 v. 14. Juni 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1204 = JW. 1938, 2269[2]).

(RG., 4. StrSen. v. 7. Febr. 1938, 4 D 68/39.)

*

2. RG. — §§ 20 a, 42 e StGB. Die Möglichkeit, daß der Verurteilte als Ausländer auf Grund des Ges. über Reichsverweisungen v. 23. März 1934, das in § 7 Nr. 3 § 11 Abs. 1 den § 42 m StGB. mit Wirkung v. 1. Juni 1934 gestrichen hat, von der Landesbehörde ausgewiesen werden kann, darf die Entscheidung über die Anordnung der Siche-

rungsverwahrung nicht beeinflussen. Das Gericht hat vielmehr seine Entscheidung nur unter dem Gesichtspunkt zu treffen, ob der Verurteilte im Inland eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bildet und ob zur Beseitigung dieser Gefahr die Sicherungsverwahrung erforderlich ist. Dagegen ist es dem Ermessen der Vollstreckungsbehörde anheimgestellt, ob von der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung abgesehen werden kann, wenn der Verurteilte ausgewiesen worden ist (RGUrt. 3 D 801/34 v. 10. Aug. 1934: JW. 1934, 2410).

(RG., 1. StrSen., U. v. 31. Jan. 1939, 1 D 14/39.)

*

**** 3. RG. — § 175 b StGB. Zum Begriff der widernatürlichen Unzucht nach der früheren und nach der neueren Rspr.**

Nach den Feststellungen des LG. hat der Angekl. wiederholt seinem Hunde am Geschlechtsteil gespielt und daran herumgerieben. Als seine Frau ihm das eines Tages verbot, erklärte er ihr, der Hund müsse das auch haben, er komme doch nicht raus. Nach der Überzeugung des Tatrichters hat der Angekl. die Handlungen zweifellos vorgenommen, um „zumindestens" bei dem Tier, wenn nicht bei sich selbst, eine dem natürlichen Beischlaf entsprechende geschlechtliche Befriedigung auszulösen. Das LG. hat hiernach nicht die Feststellung getroffen, daß der Angekl. sich durch die genannten Handlungen zugleich selbst geschlechtlich befriedigen wollte. Aus diesem Grunde unterliegt die Verurteilung des Angekl. wegen widernatürlicher Unzucht i. S. des § 175 b StGB. n. F. rechtlichen Bedenken. Zum Begriff der widernatürlichen Unzucht gehörte nach der früheren Rspr. die Vornahme einer dem Zweck der naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebs dienende, dem Beischlaf ähnliche Handlung und der auf diesen Zweck abzielende Mißbrauch des Körpers eines Tieres zu einem der Duldung eines naturgemäßen Beischlafs ähnlichen Verhalten (zu vgl. u. a. RGSt. 23, 289; 2, 237; 6, 211; 20, 225). Von diesem Rechtsstandpunkt ausgehend stellte man das Erfordernis auf, daß der Täter mit seinem Geschlechtsteil zur Herbeiführung des Geschlechtsgenusses den Körper des Tieres berührt haben müsse (RGSt. 48, 234). In neuerer Zeit hat die Rspr. zum Teil sich gewandelt. Sie hat zwar an dem Tatbestandsmerkmal festgehalten, daß der Mensch den Körper des Tieres in beischlafähnlicher Weise berühren müsse, es dagegen nicht mehr für erforderlich erachtet, daß der Täter diese Berührung mit dem eigenen Geschlechtsteil vornehme. Es ist für genügend erachtet worden, daß der Geschlechtsteil des Tieres mit dem Körper des Täters in Berührung gebracht werde. Die nähere Begründung für diese Rechtsauffassung ist in RGSt. 71, 350 = JW. 1937, 3085[8] gegeben worden. Das RG. hat in diesem Urteil auch die Frage — ohne sie zu entscheiden — erörtert, ob der Tatbestand des § 175 b StGB. n. F. nicht nur dann gegeben ist, wenn die Tat auf Befriedigung der Geschlechtslust des Täters gerichtet ist, sondern auch in denjenigen Fällen, in denen der Täter nur die Geschlechtslust des Tieres erregen und zur Befriedigung wie bei der natürlichen tierischen Begattung führen will. Der erk. Sen. ist der Ansicht, daß Fälle der letzteren Art nicht als widernatürliche Unzucht i. S. des Strafgesetzes angesehen werden können, da dieses nicht bloßen Verstößen gegen die Sittlichkeit und Schamhaftigkeit entgegentreten (RGSt. 3, 200, 201), sondern vornehmlich diejenigen Entartungen des menschlichen Geschlechtstriebes bekämpfen will, die als tierische Erniedrigungen eine Entwürdigung des Menschengeschlechts bedeuten und von der gesitteten Welt zu allen Zeiten für verabscheuungswürdig gehalten wurden. Würde der Begriff der widernatürlichen Unzucht weiter ausgedehnt, so ergäben sich außerordentliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des strafbaren Tatbestands, da die Befriedigung des Geschlechtstriebes eines Tieres durch einen Menschen auch aus Gründen geschehen kann, welche die Handlung nicht als strafwürdig, zum mindesten nicht in dem Maße erscheinen lassen, daß der Strafrahmen des § 175 b StGB. angebracht wäre. Zu denken ist an wissenschaftliche Versuche, Tierpflege und geschlechtliche Entspannung aus Zweckmäßigkeitsgründen, bloße Neugier u. dgl. Sollte ausnahmsweise ein Fall so gestaltet sein, daß er nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient, obwohl der Täter nicht aus Geilheit gehandelt hat (in RGSt. 71, 352 zweiter Absatz ist ein Beispiel dieser Art angeführt = JW. 1937, 3085[8]), so bliebe als Abhilfe die Rechtsschöpfung des Richters aus § 2 StGB. n. F.

Stellt hiernach das vom Tatrichter bisher festgestellte Verhalten des Angekl. auch zweifellos eine Schamlosigkeit dar, so erfordert die Anwendung des § 175 b StGB. doch noch die weitere Feststellung, daß der Angekl. zugleich oder allein die Befriedigung der eigenen Geschlechtslust bezweckt hat. Nach dieser Richtung bedarf der Sachverhalt noch weiterer Aufklärung.

(RG., 5. StrSen., U. v. 26. Jan. 1939, 5 D 922/38.)

*

4. RG. — §§ 267, 363 StGB.

1. Beabsichtigt der Täter bei der Fälschung eines Legitimationspapieres die allgemeinen Bedingungen für seine äußere Lebenslage im ganzen günstiger zu gestalten, ohne dabei irgendein bestimmtes fremdes Recht zu beeinträchtigen oder ein besonderes eigenes Recht zur Geltung zu bringen, so handelt er damit zum „Zwecke seines besseren Fortkommens" i. S. des § 363 StGB.

2. Die pfarramtliche Beurkundung der Trauung ist eine öffentliche Urkunde i. S. des Strafrechts.

1. Im Falle der Fälschung des „Personalausweises" ist die Anwendung der §§ 267, 43 StGB. von Rechtsirrtum beeinflußt.

Der Versuch eines Vergehens gegen § 267 StGB. ist vom Gesetz nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt und daher nach § 43 Abs. 2 StGB. straflos.

Im übrigen ist der Zettel, den der Angekl. anfertigte, überhaupt keine Urkunde i. S. des § 267 StGB., sondern ein „sonstiges Legitimationspapier" i. S. von § 363 StGB., denn er diente seinem Wortlaute nach dazu, seinen Inhaber als den „Bäcker Willi S." auszuweisen. Der Angekl. hatte auch nur den unbestimmten Vorsatz, den Zettel zur Täuschung über seine Person zu benützen, „falls" er einmal zu deren Feststellung angehalten würde; er beabsichtigte also bei der Fälschung, die allgemeinen Bedingungen für seine äußere Lebenslage im ganzen günstiger zu gestalten, ohne dabei irgendein bestimmtes fremdes Recht zu beeinträchtigen oder ein besonderes eigenes Recht zur Geltung zu bringen; er handelte damit „zum Zwecke seines besseren Fortkommens" i. S. des § 363 StGB. (vgl. RGSt. 58, 74 ff.).

Hierdurch verwirklichte er den Sondertatbestand des § 363 StGB. Eine Bestrafung aus den §§ 267, 43 StGB. wäre daher auch dann nicht möglich, wenn der Angekl. von dem Zettel zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht hätte (RGSt. 23, 46).

Die Übertretung nach § 363 StGB. ist aber verjährt (§ 67 Abs. 3 StGB.). Nach den in RGSt. 66, 51, 53 entwickelten Grundsätzen hätte das LG. den Angekl. von dem ihm zur Last gelegten Urkundenverbrechen freisprechen müssen. Der Fehler konnte von hier aus berichtigt werden. Auf die Höhe der Gesamtstrafe ist die zu Unrecht aus §§ 267, 43 StGB. ausgeworfene Einsatzstrafe ersichtlich ohne Einfluß gewesen.

2. Die Anwendung der §§ 267, 268, 269 StGB. im Falle der fälschlichen Anfertigung des „Trauungsscheines" ist rechtlich bedenkenfrei.

Insbesondere läßt die Annahme des LG., der „Trauungsschein" sei eine öffentliche Urkunde im Sinne des Strafrechts, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Kirchen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zu ihrer Zu-

ständigkeit gehört die Trauung und ihre Beurkundung zu öffentlichem Glauben, ebenso die Erteilung von Zeugnissen hierüber. In dem ehemaligen Gebiete des Allgemeinen Preußischen Landrechts ist insbesondere die Trauung in ihrer Eigenschaft als kirchliche Handlung durch das Preuß. u. RPersStG. oder die spätere Gesetzgebung des Reiches über die Eheschließung nicht berührt worden, sie besitzt insoweit neben der standesamtlichen Eheschließung ihre gesonderte kirchenrechtliche Bedeutung. Die in RGSt. 22, 118 ff., 120 für die Taufregister ausgesprochenen Grundsätze gelten für die pfarramtliche Beurkundung der Trauung entsprechend.

Die Erwägungen zu 1 treffen hier nicht zu, denn der Angekl. beging diese Fälschung nicht aus einem allgemeinen unbestimmten Vorsatze heraus, seine äußeren Lebensbedingungen günstiger zu gestalten, sondern zu dem ganz bestimmten Zwecke, bei dem Absatz seiner Diebesbeute von der Urkunde zu Täuschungszwecken Gebrauch machen zu lassen; tatsächlich ist sie auch so verwandt worden. Es läßt sich somit nicht sagen, daß die Fälschung entsprechend den Erfordernissen des § 363 StGB. „zum Zwecke des besseren Fortkommens" erfolgt sei.

(RG., 4. StrSen., U. v. 6. Jan. 1939, 4 D 701/38.)

Blutschutzgesetz

**** 5. RG. — §§ 2, 5 BlutschutzG. In der Regel wird das Treiben eines Exhibitionisten die Merkmale des Geschlechtsverkehrs i. S. des BlutschutzG. nicht erfüllen. Um die Handlung zum „Geschlechtsverkehr" werden zu lassen, muß noch irgendein Verhalten des einen Teils zu dem Tun des anderen hinzutreten, das eine Beziehung zwischen den Geschlechtern herstellt.**

Der deutschblütige Angekl. ist wegen fortgesetzter vollendeter Rassenschande mit der Volljüdin Sch. verurteilt worden.

1. Der angebliche Grundsatz „in dubio pro reo" ist keine Rechtsnorm i. S. des § 337 StPO. (RGSt. 52, 319).

Hinsichtlich der Rassenzugehörigkeit ergeben die Ausführungen der StrK., daß der Angekl. von vier evangelischen deutschblütigen Großeltern und die Sch. von vier rassejüdischen Großeltern mosaischer Religion abstammt. Damit ist die rassische Abstammung des Angekl. und der Zeugin in ausreichender Weise gemäß den §§ 261, 267 Abs. 1 StPO. dargetan. Der Beweis kann völlig frei geführt werden und ist nicht auf den Nachweis durch urkundliche Belege beschränkt; auch die Angaben des Angekl. und seiner Partnerin über ihre Abstammung können zur Bildung der gerichtlichen Überzeugung kraft freier Beweiswürdigung verwertet werden und den Beweis erbringen (RGSt. 72, 109, 110 = JW. 1938, 1105[2]; RGSt. 70, 218, 219 = JW. 1936, 1780[16]). Die Entsch. RGSt. 72, 161, 163 = JW. 1938, 1239[2] steht dem nicht entgegen.

2. Der Angekl. unterhielt mit der Sch. zunächst jahrelang normalen Geschlechtsverkehr. Seit etwa 1925 verlor er in zunehmendem Maße Fähigkeit und Neigung dazu. Nach den übereinstimenden Angaben des Angekl. und der Sch. bei ihren wiederholten polizeilichen und richterlichen Vernehmungen — mit Ausnahme der letzten richterlichen Vernehmung des Angekl. vom Juli 1938 — bestanden zwischen ihnen bis mindestens 1937 geschlechtliche Beziehungen in der Weise fort, daß der Angekl., abgesehen von gelegentlichen vergeblichen Versuchen eines normalen Geschlechtsverkehrs, in Gegenwart der Sch. onanierte, wobei er entweder Teile ihres Körpers (Brust, Schenkel, Arme) berührte, oder sie auch nur beim An- und Auskleiden beobachtete und sich dadurch erregte. In der Hauptverhandlung hat, wie das Urteil hervorhebt, der Angekl. seine früheren geständigen Angaben im wesentlichen widerrufen und die Sch. hat ihre im Ermittlungsverfahren gemachten Aussagen erheblich eingeschränkt. Wie die StrK. anschließend bemerkt, steht aber doch „auf Grund der eidlichen Bekundung der Sch. in der Hauptverhandlung" fest, daß der Angekl. bis mindestens 1937 unnatürliche Geschlechtsbeziehungen mit ihr dergestalt aufrechterhalten hat, daß er sich wiederholt in ihrer Gegenwart und mit ihrem Wissen selbst befriedigte.

Der Begriff des Geschlechtsverkehrs i. S. des § 11 der 1. AusfVO. z. BlutschutzG. ist von der StrK. nicht verkannt worden. Sie geht dabei zutreffend von dem Beschluß des Großen StrSen. beim RG. v. 9. Dez. 1936 (RGSt. 70, 375 ff. = JW. 1937, 160[10]) aus. Danach umfaßt der „Geschlechtsverkehr" außer dem Beischlaf auch alle geschlechtlichen Betätigungen (Handlungen oder Duldungen), die nach Art ihrer Vornahme bestimmt sind, an Stelle des Beischlafs der Befriedigung des Geschlechtstriebes mindestens des einen Teiles zu dienen (vgl. auch RGSt. 71, 7 = JW. 1937, 467[11] und RGUrt. v. 15. Febr. 1937, 5 D 824/36: JW. 1937, 942[15]). Da die Betätigung nach Art ihrer Vornahme einen Geschlechts-„Verkehr zwischen" zwei Personen verschiedenen Geschlechts darstellen muß, genügen rein einseitige Verfehlungen geschlechtlicher Natur nicht. Um rein einseitige Betätigungen handelt es sich aber dann nicht mehr, wenn der andere Teil in irgendeiner Form wenigstens äußerlich, sei es handelnd, sei es duldend, dabei mitwirkt (RGSt. 71, 129, 132 = JW. 1937, 1783[13] und RGUrt. v. 24. Mai 1938, 1 D 333/38: JW. 1938, 1947[2]). Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Täter z. B. beim Onanieren gleichzeitig den Körper einer Person des anderen Geschlechts berührt (RGUrt. v. 28. Nov. 1938, 2 D 731/38: JW. 1939, 227[14]). Ein Mitwirken im vorerörterten Sinne ist aber tatsächlich auch sehr wohl möglich, ohne daß eine körperliche Berührung zwischen den Beteiligten stattfindet. Eine Berührung ist auch rechtlich nicht erforderlich. Weder der Wortlaut des Gesetzes unter Berücksichtigung des Sprachgebrauches noch der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung können zu der Einschränkung führen, daß eine vollendete Rassenschande nur unter Berührung des Körpers des anderen Teiles begangen werden könne. Es würde dem gesunden Volksempfinden und der zielbewußten deutschen Rassenpolitik widersprechen, solche Ersatzhandlungen schlechthin straflos zu lassen und damit ein neues Mittel und einen neuen Anreiz zu schaffen, die Rassenehre des deutschen Volkes durch widernatürliches Treiben zwischen den beiden Geschlechtern zu verletzen. Freilich genügt ein Betrachten des anderen Teiles (z. B. seines entblößten Körpers), auch wenn es der geschlechtlichen Befriedigung dient, oder die Vornahme einer Handlung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes in Gegenwart eines anderen für sich allein nicht. Deshalb wird in der Regel das Treiben eines Exhibitionisten die Merkmale des Geschlechtsverkehrs i. S. des BlutschutzG. nicht erfüllen. Zu der Anwesenheit beider Teile muß stets noch etwas Weiteres hinzugetreten sein, nämlich irgendein Verhalten des einen Teils zu dem Tun des anderen, das eine Beziehung zwischen den beiden Geschlechtern herstellt. Dazu wird die Handlung zum „Geschlechtsverkehr". Dazu ist es übrigens nicht einmal notwendige Voraussetzung, daß der andere Teil fähig ist, die Handlung ihrem Wesen nach zu erkennen (RGSt. 71, 129, 130 = JW. 1937, 1783[13]). Die Abgrenzung im einzelnen muß der jeweiligen Beurteilung des Tatrichters überlassen bleiben. Die StrK. hat hier einen Geschlechtsverkehr i. S. des Gesetzes deswegen angenommen, weil die Sch. auf Grund ihrer in langen Jahren erworbenen Kenntnis von der Person und den Gewohnheiten des Angekl. selbst im einzelnen Falle „sehr genau über das im Bilde war, was er in ihrer Gegenwart zur Befriedigung seiner Geschlechtslust trieb" und sich bewußt war, daß ihm dabei ihre Gegenwart als Erregungsumstand diente. Unter diesen Umständen ist die Annahme von Rassenschande rechtlich nicht zu beanstanden.

Rechtlich unerheblich ist es auch, ob die erstrebte Be-

friedigung in dem einen oder anderen Falle nicht erreicht worden ist. Selbst wenn der Erfolg nicht eingetreten ist, kann die Rassenschande vollendet sein. Ein vollendeter Beischlaf liegt strafrechtlich auch dann vor, wenn es nicht zur Befriedigung des Geschlechtstriebes gekommen ist, sondern nur eine Vereinigung der Geschlechtsteile stattgefunden hat. Entsprechend genügt für Ersatzhandlungen, die der Befriedigung des Geschlechtstriebes dienen sollen, die Vornahme dieser Handlungen. Sie sind als solche strafbar, nicht erst die Erreichung des beabsichtigten Erfolges (RG-Urt. v. 5. Juli 1937, 5 D 422/37: JW. 1937, 2371[23]; v. 10. Dez. 1937, 4 D 783/37: JW. 1938, 165[2]; vom 11. Okt. 1938, 1 D 752/38: JW. 1938, 3032[9]). Bei natürlicher Betrachtungsweise dienen gewisse Handlungen schon nach der äußeren Art ihrer Vornahme der Befriedigung des Geschlechtstriebes und erfüllen ohne weiteres den Begriff des Geschlechtsverkehrs im vorerörterten Sinne. Insoweit kommt es nicht auf die persönlichen Eigenschaften, etwa die besonders leichte oder schwere geschlechtliche Erregbarkeit der Beteiligten an. Ausschlaggebend für die Beurteilung für den Tatrichter müssen in *solchen* Fällen regelmäßig die äußeren Erscheinungsformen des Herganges sein. Ein Beischlaf ist und bleibt „Geschlechtsverkehr", auch wenn der Täter sich darauf berufen sollte, er habe darin gar nicht seine geschlechtliche Befriedigung gesucht, sondern z. B. dem von ihm dazu gezwungenen weiblichen Partner nur seine besondere Mißachtung bezeigen wollen. Das gleiche trifft zu für Handlungen, die den Beischlaf ersetzen sollen, wie z. B. für die gegenseitige Onanie und auch für eine Selbstbefriedigung, bei der der Körper einer Person des anderen Geschlechts unter Voraussetzungen wie im vorliegenden Falle in Mitleidenschaft gezogen wird. Wollte ein Täter sich damit verteidigen, für ihn habe solches Treiben nur als vorbereitende Erregung des Geschlechtstriebes gedient, dessen Befriedigung erst von einem anschließend beabsichtigten, aber nicht erfolgten Beischlaf hätte ausgelöst werden sollen, so liegt trotzdem ein vorsätzlicher vollendeter Geschlechtsverkehr vor, sofern nur der Täter die Handlungen als solche vorsätzlich vorgenommen hat.

3. Das Urteil muß indessen aufgehoben werden, weil sich aus ihm die Staatsangehörigkeit des Angekl. nicht ergibt. Nach den Urteilsangaben ist der Angekl. im August 1902 in dem jetzt zu Polen gehörenden Teil der früheren Provinz Posen als Sohn offenbar dort wohnhafter Eltern geboren; bei Inkrafttreten des Versailler Vertrages (10. Jan. 1920) war er noch nicht 18 Jahre alt. Dies mußte mit Rücksicht auf die Vorschriften des Wiener Abkommens v. 30. Aug. 1924 (RGBl. 1925, II, 33 ff.) in Verb. m. dem Art. 91 VV. und mit den Art. 3 und 4 des polnisch-alliierten Minderheitenschutzvertrages v. 28. Juni 1919 (abgedr. u. a. bei *Lichter-Knost*, „Deutsches und ausländisches Staatsangehörigkeitsrecht", S. 149 ff.) der StrK. besondere Veranlassung geben, eine sorgfältige Prüfung der Staatsangehörigkeitsfrage vorzunehmen. Daß dies hier geschehen ist, läßt das angefochtene Urteil nicht erkennen. Nach Lage der Sache wird in erster Linie anzustreben sein, urkundliche Anhaltspunkte für den Nachweis der deutschen Staatsangehörigkeit zu gewinnen; auch hier ist die StrK. aber bei ihrer Beweisführung nicht eingeschränkt. Bei der Untersuchung darf nicht außer acht bleiben, daß das BlutschutzG. auf den Angekl. auch dann anzuwenden sein würde, wenn er etwa staatenlos i. S. des § 15 der 1. AusfVO. z. BlutschutzG. wäre (vgl. dazu RGUrt. v. 22. Jan. 1937, 4 D 15/37: JW. 1937, 753[13]).

Für die neue Verhandlung ist zu beachten, daß zum inneren Tatbestande der Rassenschande bedingter Vorsatz ausreicht. Hierbei kann es von Bedeutung sein, daß der Angekl. in seiner Revisionsbegründung zum Ausdruck bringt, er habe zwar Zweifel, ob er wirklich die deutsche Staatsangehörigkeit besitze, halte sich aber selbst für einen deutschen Staatsangehörigen. Bei einem solchen Sachverhalt würde die StrK. schließlich, falls nach dem Ergebnis ihrer Untersuchung der Angekl. eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, unter Beachtung des § 16 Abs. 2 der 1. AusfVO. (ministerielle Zustimmung zur Strafverfolgung) prüfen müssen, ob er nicht der versuchten Rassenschande schuldig ist. Er hätte dann jedenfalls einen Tatbestand angenommen, der in Verbindung mit seinem Tun ein vollendetes Verbrechen gewesen wäre, wenn die Tatumstände so gestaltet gewesen wären, wie er geglaubt hätte. Das genügt nach ständiger Rspr. für die Annahme eines strafbaren Versuchs (RGSt. 72, 109, 112).

(RG., 2. StrSen. v. 2. Febr. 1939, 2 D 817/38.)

*

6. RG. — BlutschutzG. Strafzumessung.

1. Nach der ständigen Rspr. des RG. hat grundsätzlich der Tatrichter nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob bei einer Zuwiderhandlung gegen § 2 BlutschutzG. eine Gefängnis- oder eine Zuchthausstrafe die angemessene Sühne darstellt.

Die Nachprüfung des RevG. erstreckt sich nur darauf, ob nicht der Tatrichter sein Ermessen willkürlich ausgeübt hat oder ob er nicht bei der Strafbemessung von rechtsirrigen Erwägungen beeinflußt worden ist.

2. Wenn das Verhältnis mit der Jüdin bereits angebahnt war, als der Täter über seinen Irrtum im Hinblick auf ihre Rassezugehörigkeit aufgeklärt wurde, so kann das grundsätzlich für eine geringere Bewertung seiner Schuld ebensogut Anlaß geben wie eine falsche rechtliche Beurteilung der Folgen eines ihm bekannten Sachverhalts, z. B. der Taufe der Jüdin.

Die StrK. hat u. a. strafmildernd berücksichtigt, daß der Angekl. das Verhältnis mit der Halbjüdin P. begonnen habe, ohne zu wissen, daß sie überhaupt jüdischer Abstammung sei, und daß er sich auch bis zu seiner Vernehmung am 20. Juni 1938 offensichtlich über die rechtliche Bedeutung der Taufe der P. nicht völlig klargeworden sei, die im Januar 1938 noch vor seinem ersten Verkehr mit ihr erfolgt war. Es sei „schwerer, ein gutgläubig begonnenes geschlechtsvertrauliches Verhältnis abzubrechen, als ein derartiges Verhältnis in Kenntnis der Unzulässigkeit erst anzuknüpfen" — womit offenbar gemeint ist: „gar *nicht* erst anzuknüpfen".

Hiergegen wendet sich die Rev. der Staatsanwaltschaft: nach ihrer Auffassung hat die StrK. damit den gesetzgeberischen Grundgedanken des BlutschutzG. verkannt, insbes. entgegen RGSt. 72, 148 = JW. 1936, 1674 nicht das Maß der Verantwortungslosigkeit ausschlaggebend gewertet, das der Täter gegenüber der Volksgemeinschaft durch Gefährdung des deutschen Blutes und der deutschen Ehre gezeigt habe.

Nach der ständigen Rspr. des RG. hat grundsätzlich der Tatrichter nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob bei einer Zuwiderhandlung gegen § 2 BlutschutzG. eine Gefängnis- oder eine Zuchthausstrafe die angemessene Sühne darstellt (RGSt. 71, 245 = JW. 1937, 1782[12]). Er hat dabei den Zweck des Strafgesetzes und die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Nachprüfung des RevG. erstreckt sich nur darauf, ob nicht der Tatrichter sein Ermessen willkürlich, namentlich unter Verletzung des gesetzlichen Strafrahmens, ausgeübt hat oder ob er nicht bei der Strafbemessung von rechtsirrigen Erwägungen beeinflußt worden ist (vgl. RGSt. 71, 245).

Auch im Rahmen des BlutschutzG. ergibt sich grundsätzlich das Maß der vom Täter durch seine Tat bewiesenen Verantwortungslosigkeit und damit das Maß seines Verschuldens aus den gesamten äußeren und inneren Umständen der Tat und aus der Persönlichkeit des Täters: *sie* hat daher der Richter zu ergründen und zu würdigen und hiernach die Schwere der Tat nach allen Richtungen abzuwägen (vgl. RGSt. 71, 148 = JW. 1937, 2371[21]). Dabei kann es auch von Bedeutung sein, wie der Täter zu der Tat gekommen ist.

Etwas von diesen Grundsätzen jeder Strafbemessung

Abweichendes hat auch das Urteil des 2. StrSen. RGSt. 72, 149 = JW. 1936, 1674, auf das sich die Rev. der Staatsanwaltschaft beruft, nicht aussprechen wollen und können: es hat nur die besondere Bedeutung noch einmal hervorgehoben, die bei der Bemessung einer Strafe wegen Rassenschande dem Maß der vom Täter gegenüber der Volksgemeinschaft bewiesenen Verantwortungslosigkeit zukommt.

Die übrigen dort und im RGUrt. v. 19. Sept. 1938 (2 D 546/38 = JW. 1938, 2952[16]) angestellten Erwägungen können auf den vorliegenden Fall schon deshalb nicht übertragen werden, weil er sich von dem dortigen grundlegend unterscheidet: dort hatte der Angekl. schon längere Zeit vor dem Erlaß des BlutschutzG. mit seiner ihm als Volljüdin bekannten Haushälterin geschlechtliche Beziehungen unterhalten, und es wurde mißbilligt, aus diesem zwar straflosen, aber gleichwohl schon damals im Volk als verwerflich empfundenen Verkehr einen Strafmilderungsgrund herzuleiten.

Von einem Irrtum über die Rasseverhältnisse des anderen Teils, wie er beim Angekl. hinsichtlich der P. bestanden hatte, war in jenem Fall keine Rede. Gerade die Erwägung, die in dem dort entschiedenen Falle die Verantwortungslosigkeit gegenüber der Volksgemeinschaft besonders groß erscheinen ließ, trifft also im vorliegenden Fall nicht zu.

Daß das Verhältnis mit der P. bereits angebahnt war, als der Angekl. über seinen (tatsächlichen) Irrtum aufgeklärt wurde, konnte rechtsgrundsätzlich der StrK. für eine geringere Bewertung seiner Schuld ebensogut Anlaß geben, wie eine falsche rechtliche Beurteilung der Folgen eines ihm bekannten Sachverhalts, z. B. der Taufe der P. (vgl. 1 D 789/36 v. 3. Nov. 1936 = DJ. 1937, 42). Die Verantwortungslosigkeit gegenüber der Volksgemeinschaft kann selbstverständlich dann größer erscheinen, wenn der Täter unter der Herrschaft des BlutschutzG. bewußt ein rassefchänderisches Verhältnis neu beginnt, als wenn er nur nicht die innere Kraft findet, ein gutgläubig begonnenes Verhältnis solcher Art abzubrechen, nachdem er seiner Unzulässigkeit innegeworden ist.

Insoweit lassen daher die Erwägungen der StrK. zur Strafzumessung keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die StrK. hat auf der anderen Seite auch die aus dem Sachverhalt erkennbaren Erschwerungsgründe gewürdigt. Die Abwägung zwischen ihnen und dem, was die Tat in milderem Licht erscheinen läßt, und die darauf zu gründende Entsch. über Strafart und -höhe ist ausschließlich in das freie Ermessen des Tatrichters gestellt.

(RG., 1. StrSen., U. v. 3. Febr. 1939, 1 D 1027/38.)

Strafverfahren. Gebührenrecht

7. Sonderger. — Die Gebührenfestsetzung nach § 150 StPO. hat auch bei den SonderGer. nach den Grundsätzen der RAGebO. zu erfolgen. Der Rechtsanwalt erhält für die Verteidigung vor dem SonderGer. die Gebühr, die ihm aus § 63 RAGebO. für die Verteidigung vor dem sonst zur Aburteilung der Straftat im einzelnen Fall berufenen ordentlichen Gericht erwachsen wäre.

Die Sondergerichte entscheiden an Stelle der ordentlichen Gerichte. Es entspricht deshalb nur den Grundsätzen der Billigkeit, wenn die Gebühr auch nach der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bemessen wird (vgl. auch OLG. Kiel: JW. 1935, 2916; LG. Darmstadt: JW. 1933, 2786; Gaedeke: JW. 1933, 1671; KG.: JW. 1933, 559). Für das Strafverfahren gegen die Angekl. H. und M. wäre, wenn das Sondergericht nicht wegen der Sonderbestimmung bezüglich des Stellens von Autofallen zuständig gewesen wäre, das SchwG. zuständig gewesen. Den beiden Pflichtverteidigern war deshalb im Gegensatz zu der Kostenfestsetzung des UrkB. eine Hauptverhandlungsgebühr von je 80 RM zuzüglich 1,60 RM Umsatzsteuer zuzubilligen.

(SondG. Nürnberg, Beschl. v. 11. Febr. 1939, Sg 98/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

8. RG. — 1. §§ 196, 201 BGB. Unterliegt der Hauptanspruch der kurzen Verjährung, so unterliegt ihr auch der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung.

2. §§ 249, 286 BGB. Ob der wirtschaftliche Zusammenbruch des Gläubigers in ursächlichem Zusammenhang mit dem Verzug des Schuldners steht, hängt stets von den Umständen des Einzelfalles ab.

1. Die Wechsel wurden von der Bekl. erfüllungshalber, d. h. zu dem Zwecke gegeben, auf diesem Wege die Befriedigung der Kl. zu ermöglichen. Die Bekl. war deshalb vertraglich verpflichtet, das ihrerseits zur Erreichung des Vertragszwecks Erforderliche zu tun. Sie durfte die Kl. nicht der Gefahr aussetzen, ihrerseits aus den im Wege der Diskontierung weitergegebenen Wechseln in Anspruch genommen zu werden und so die im Vertrage durch die Wechselhingabe ausbedungenen wirtschaftlichen Vorteile wieder zu verlieren. Diese Verpflichtung folgt unmittelbar aus dem Kaufvertrage der Parteien, so daß daneben für eine besondere Gewährleistung oder ein vom Schuldgrunde losgelöstes Zahlungsversprechen neben der wechselmäßigen Verpflichtung kein Raum bleibt. Der Rev. der Kl. kann daher insoweit nicht gefolgt werden, als sie die Schadensersatzansprüche der Kl. aus diesen besonderen rechtlichen Gesichtspunkten herleiten will. Die Frage, ob die Bekl. durch die schuldhafte Nichteinlösung der Wechsel über den Schuldnerverzug hinaus, etwa durch ihre Weigerung, den Kaufvertrag zu erfüllen, noch eine positive Vertragsverletzung begangen hat, kann offen bleiben, weil sie für die Entscheidung nicht wesentlich ist. Wie die Rev. zutreffend hervorhebt, würde sie dann von Bedeutung sein, wenn die Verjährungsfristen für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung der Kl. günstiger wären, als die Verjährungsfristen für Ansprüche aus Schuldnerverzug. Das ist aber nicht der Fall.

Nach §§ 196, 201 BGB. verjähren die Ansprüche der Kaufleute und Fabrikanten für die Lieferung von Waren und die Ausführung von Arbeiten, wenn die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt, in vier Jahren vom Jahresschlusse ab. Der kurzen Verjährung unterliegt aber nicht nur der Hauptanspruch auf Zahlung des Kaufpreises, sondern auch jeder Nebenanspruch, sofern er sich nur auf die Gegenleistung für die Warenlieferung bezieht und die geschuldete Leistung sich als Gegenwert gerade für die Warenlieferung usw. darstellt (vgl. RGZ. 85, 242). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verjährt daher in der Frist, die gesetzlich für den Hauptanspruch vorgesehen ist (vgl. RGZ. 111, 102 = JW. 1925, 1990[3]; RG.: LZ. 1928, 1689[3]). Wenn man hier in der Weigerung der Bekl., die für die Maschinenanlage geschuldete Gegenleistung zu bewirken, neben dem Schuldnerverzuge noch eine positive Vertragsverletzung erblicken und die Schadensersatzansprüche der Kl. zugleich daraus herleiten wollte, so müßte für die Verjährung dasselbe gelten. Die Ansprüche der Kl. würden sich ebenso aus dem einen, wie aus dem anderen Rechtsgrunde ableiten lassen und die Gründe, die zu der Einführung der kurzen Verjährungsfrist für die Ansprüche des täglichen Verkehrs und ähnliche Ansprüche geführt haben, müssen daher in jedem Falle hier Beachtung finden, ohne daß es im übrigen einer Erörterung der sehr umstrittenen und besonders i. Verb. m. § 477 BGB. aufgeworfenen Frage bedarf, inwieweit Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung allgemein der kurzen Verjährung unterliegen.

2. Die Bekl. hat ihre vertragliche Verpflichtung, die auf den Kaufpreis gegebenen Wechselakzepte bei Verfall einzulösen, nicht erfüllt und bestimmt erklärt, daß sie die Er-

füllung dieser Verbindlichkeit verweigere. Sie ist dadurch nach § 284 BGB. in Verzug gekommen, ohne daß es noch einer besonderen Mahnung durch die Kl. bedurft hätte (vgl. RGZ. 51, 347; 57, 106; 67, 314 = JW. 1908, 194). Die Bekl. kann sich auch nicht nach § 285 BGB. darauf berufen, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sei, den sie nicht zu vertreten gehabt habe (wird näher ausgeführt). Das BG. hat die Verneinung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Verzuge der Bekl. und der Entstehung des Schadens für die Kl. damit begründet, daß der Verzug der Bekl. nicht die alleinige, sondern eine von mehreren Ursachen für den Zusammenbruch der Kl. gewesen sei, und daß die Bekl. den Zusammenbruch nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht als Folge ihres Verzuges habe voraussehen können. Das BG. hat aber festgestellt, daß die Nichteinlösung der Wechsel den eigentlichen Grund für die Stillegung des Betriebes der Kl. gebildet habe, und daß der Verzug der Bekl. die Ursache gewesen sei, die den Zusammenbruch unmittelbar veranlaßt habe. Das Geschäft der Kl. ist nach den Feststellungen des VerR. geldlich nur sehr schwach unterbaut gewesen. Die Kl. hat in den Jahren 1927 und 1928 mit Verlust gearbeitet und in den Jahren 1929 und 1930 Geschäftsgewinne von 4446 und 1591 *RM* gehabt. (Die drei von der Bekl. nicht eingelösten Wechselakzepte betrugen 865,25 *RM*, fällig am 4. Nov. 1930, 2000 *RM*, fällig am 15. Dez. 1930, und 1150 *RM*, fällig am 23. Dez. 1930.)

Die bloße Möglichkeit, daß das Geschäft der Kl. auch ohne den Verzug der Bekl. zusammengebrochen wäre, daß mithin der Schaden auch ohne das von der Bekl. gesetzte schädigende Ereignis hätte eintreten können, hebt den ursächlichen Zusammenhang nicht auf (vgl. RG.: Recht 1906 Nr. 932 und 1907 Nr. 3641). Allenfalls kann die Feststellung, daß der nämliche oder ein ähnlicher, wie der durch das Tun des Schädigers herbeigeführte Erfolg ohnedies durch ein anderes Geschehnis herbeigeführt sein würde, geeignet sein, den Umfang des Schadens geringer erscheinen zu lassen (vgl. Urt. des erk. Sen.: RGZ. 158, 302 = JW. 1939, 229).

Das BG. hat weiter ausgeführt, die allgemeine Lebensauffassung zähle unter gewöhnlichen Verhältnissen den vollständigen wirtschaftlichen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes des Verkäufers nicht zu den Folgen, die sich aus einem Zahlungsverzuge des Käufers ergeben könnten. Die Kl. habe die Bekl. nicht rechtzeitig darauf hingewiesen, daß sie wirtschaftlich so schwach gewesen sei, und die Bekl. habe damit nicht zu rechnen brauchen. Das BG. hat damit den von der Rechtslehre erforderten sog. adäquaten Kausalzusammenhang verneint. Ein ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinne wird danach nur dann als gegeben angesehen, wenn ein Handeln oder Unterlassen nach der Lebenserfahrung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und deshalb nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des schädigenden Erfolges geeignet gewesen ist (vgl. RGZ. 133, 127 = JW. 1931, 3313[5]; RGZ. 135, 154 = JW. 1932, 1251[4]). Der Satz des BG., es habe außerhalb des natürlichen und gewöhnlichen Laufes der Dinge gelegen, daß eine Maschinenfabrik, wenn auch kleineren Umfanges, durch die Zurückhaltung einer Zahlung von 4000 *RM* oder durch die Rückforderung einer schon an sie bewirkten Zahlung in dieser Höhe sogleich völlig zum Erliegen gebracht würde, verkennt aber die Sachlage und wird den wirtschaftlichen und geldlichen Verhältnissen der Jahre 1930 und 1931 nicht gerecht. Das BG. hat zur Unterstützung seiner Ansicht weiter ausgeführt, daß die Kl. die 4000 *RM* bereits durch die Diskontierung der Wechsel erhalten habe und nur auf Rückzahlung in Anspruch genommen worden sei. Auch das ist bedenklich. Es ist zuzugeben, daß eine Reihe von Fällen denkbar ist, in denen der wirtschaftliche Zusammenbruch des Schuldners als Folge des Schuldnerverzuges nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht vorausgesehen werden kann, vor allem, wenn der Schuldbetrag, an dem Umfang und der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens des Gläubigers gemessen, verhältnismäßig geringfügig ist. Ein allgemeiner Satz läßt sich aber für alle Fälle nicht aufstellen und die Beurteilung wird deshalb stets von den Sonderumständen des Einzelfalles abhängig sein. Diese sprechen hier aber mehr zugunsten der Kl. als der Bekl. Ein Betrag von 4000 *RM* ist selbst unter heutigen Verhältnissen nicht unerheblich, und es ist kein ganz ungewöhnlicher Verlauf der Dinge, wenn einem kleinen und mehr handwerksmäßig betriebenen Unternehmen aus dem nicht rechtzeitigen Eingang eines solchen Betrages ernstliche Schwierigkeiten erwachsen. Eine solche Gefahr bestand in erheblich vergrößertem Umfange in den Jahren 1931 und 1932, in denen sich die Wirtschaft im Niedergang befand und die Geldflüssigkeit bedeutend geringer war als jetzt. Das BG. hat aber auch dem Umstande keine genügende Bedeutung beigelegt, daß die Nichteinlösung der Wechselakzepte durch die Bekl. für die Kl. viel schwerwiegender und gefahrvoller war, als der einfache Verzug mit der Zahlung der Kaufpreisforderung. Durch die Hingabe der Wechselakzepte hatte die Bekl. im wirtschaftlichen Sinne bereits Zahlung geleistet. Sie mußte sich sagen, daß die Kl., die die Wechsel weitergegeben hatte, als Ausstellerin und Indossantin der B.-Bank wechselmäßig haftete und in einem sehr strengen Verfahren zur Zahlung der 4000 *RM* gezwungen werden konnte. Sie mußte auch damit rechnen, daß der Diskonterlös aus den Wechseln nicht mehr zur Verfügung der Kl. stand, sondern verbraucht war; die wesentliche Bedeutung der Wechselhingabe auf den Kaufpreis besteht ja gerade darin, dem Verkäufer sogleich die Verfügung über den Kaufpreis zu ermöglichen, ohne daß der Käufer sogleich bar zu zahlen braucht. Es lag in den Jahren 1930 und 1931 keineswegs außerhalb des Bereichs aller Lebenserfahrung, daß ein kleines, nicht sonderlich starkes Unternehmen, wie das der Kl., durch eine unerwartete Wechselklage über 4000 *RM*, die sich darin anschließende Zwangsvollstreckung und den dadurch ausgelösten Ansturm der übrigen Gläubiger zum Erliegen gebracht werden konnte. Das BG. hat in seiner Begründung den Darlegungen des Wirtschaftsprüfers H. besondere Bedeutung beigemessen. Der Sachverständige hat darauf hingewiesen, daß sich für das Wirtschaftsleben sehr weitgehende Folgerungen ergeben würden, wenn der Geldschuldner aus einem Lieferungsvertrage auch den Schaden tragen müsse, der durch das wirtschaftliche Unterliegen seines Gläubigers infolge eines Streitfalles über das Lieferungsgeschäft entstanden sei. Jeder Käufer würde dann vor dem Kaufabschluß prüfen müssen, ob der Verkäufer wirtschaftlich so stark sei, daß er einen sich etwa aus dem Kauf ergebenden Streitfall wirtschaftlich überleben könne. Dadurch würden die wirtschaftlich schwachen Unternehmungen aus vielen Wirtschaftszweigen, insbes. aus der Maschinenindustrie, ausscheiden und so volkswirtschaftlich wertvolle Kräfte am Aufstieg gehindert werden. Diese Hinweise des Sachverständigen können an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern. Es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, daß ein Auftrag von bedeutendem Umfang und Wert eher einem großen und wirtschaftlich starken Unternehmen anvertraut wird, als einem kleinen und wirtschaftlich schwachen. Durch eine Beschränkung oder Erweiterung der Verzugshaftung des Käufers würde daran voraussichtlich weder zum Vorteil noch zum Nachteil der kleinen Unternehmer viel geändert werden, weil für die Entschließung der Auftraggeber auch noch eine Reihe anderer Umstände maßgebend ist. Jedenfalls kann eine solche einseitig wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht dazu führen, dem durch den Leistungsverzug eines Schuldners geschädigten Gläubiger aus einem Lieferungsvertrage den Ersatz des vollen, durch den Verzug entstandenen Scha-

dens zu versagen, soweit die Entstehung dieses Schadens nach allgemeiner Lebenserfahrung als Folge des Verzuges vorausgesehen werden konnte. Das war nach den obigen Ausführungen hier der Fall und die Verneinung des adäquaten ursächlichen Zusamenhanges durch das BG. beruht daher auf Rechtsirrtum.

Die Schadensersatzpflicht der Bekl. läßt sich auch nicht etwa mit der Begründung verneinen, daß die Kl. es unterlassen habe, die Bekl. rechtzeitig auf die Gefahr der Entstehung eines ungewöhnlich hohen Schadens hinzuweisen. Allerdings ist nach § 254 Abs. 2 BGB. ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten darin zu erblicken, daß er es unterlassen hat, den Ersatzpflichtigen auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte, noch kennen mußte. Das BU. stellt dazu fest, daß die Kl. eine solche Warnung erst in dem Schreiben v. 24. März 1931 ausgesprochen hat, als ihr Geschäft bereits zum Erliegen gekommen war. Zwischen dem Eintritt des ungewöhnlich hohen Schadens und der Unterlassung des Hinweises muß aber ein ursächlicher Zusammenhang bestehen (vgl. RG.: Recht 1911 Nr. 22). In dem Schreiben v. 24. März 1931 hat der Inhaber der Kl. an die Mitinhaberin der Bekl., Frau W. geschrieben: „Zugleich mache ich Sie auf den Ernst des Streites aufmerksam, weil ich als kleines Unternehmen nicht in der Lage bin, diesen Prozeß durchzuführen, weil ich dabei zugrunde gehen würde." Der Hinweis bezog sich auf den Rechtsstreit vor dem LG. B., durch den die Bekl. die Beseitigung des Kaufvertrages anstrebte. Die Bekl. hat sich durch das Schreiben nicht von ihrem Vorgehen gegen die Kl. abhalten lassen, und es ist daher nicht anzunehmen, daß ein früherer Hinweis mehr Erfolg gehabt hätte (vgl. RG.: LZ. 1933, 39 [2]).

(RG., II. ZivSen., U. v. 18. Jan. 1939, II 144/38.) [Ba.]

*

9. LG. — §§ 538, 541, 276, 278 BGB. Muß der Vermieter Schadensersatz leisten, wenn der Mieter die Räume nicht bei Vertragsbeginn beziehen kann, weil der Vormieter nicht auszieht?

Die Bekl. hatte gegen ihre Mieter, die Eheleute B., Räumungsklage erhoben und mit ihnen am 19. Nov. 1937 einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, in dem sich die Eheleute B. zur Räumung ihrer Wohnung bis zum 31. Jan. 1938 verpflichteten. Sie hat dann am 21. Dez. 1937 über diese Wohnung mit den Kl. einen Mietvertrag geschlossen, nach dessen § 1 sie den Kl. die Wohnung v. 1. Febr. 1938 ab zu überlassen hatte. Als die Eheleute B. am 1. Febr. 1938 nicht auszogen, hat die Bekl. sofort dem zuständigen Gerichtsvollzieher Räumungsauftrag erteilt, der noch am 2. Febr. Räumungstermin auf den 10. Febr. 1938 anberaumt hat. Auf einen Räumungsschutzantrag der Eheleute B. wurde vom Vollstreckungsgericht die Zwangsräumung durch Beschl. v. 7. Febr. 1938 einstweilen eingestellt. Der Vollstreckungsrichter hat, nachdem er in der Verhandlung v. 11. Febr. 1938 Zeugenvernehmung über das ruhestörende Verhalten der Eheleute B. angeordnet und im Termin am 16. Febr. 1938 eine größere Anzahl Zeugen vernommen hatte, den Vollstreckungsschutzantrag zurückgewiesen, worauf dann am 21. Febr. 1938 die Zwangsräumung erfolgte und die Kl. in die Wohnung einziehen konnten. Die Kl. verlangen nunmehr von der Bekl. Ersatz des ihnen entstandenen Schadens, weil sie bis zum verspäteten Einzug im Hotel wohnen mußten. Die Bekl. bestreitet ihre Verpflichtung zum Schadensersatz, weil sie kein Verschulden treffe, der Vermieter einer bei Vertragsschluß noch vermieteten Wohnung auch nicht verpflichtet sein könne, einen Vorbehalt zu machen und auf die Möglichkeit einer Verzögerung hinzuweisen, auch ein Mangel bei Vertragsschluß nicht vorgelegen habe und der später durch den Vollstreckungsschutzantrag der Eheleute B. eingetretene Mangel von ihr nicht zu vertreten sei.

Das AG. hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung ist zurückgewiesen worden.

Das AG. war zur Verurteilung der Bekl. auf Grund des § 278 BGB. gelangt. Diese Ansicht lehnt das BG. mit folgender Begründung ab:

„Nicht zu billigen ist allerdings die Ansicht des Vorderrichters, daß die Bekl. für den den Kl. entstandenen Schaden zu haften habe, weil sie für das Verschulden der früheren Mieter, der Eheleute B., gleichsam als ihrer Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB. einzustehen habe. Diese waren nach ihrem Mietvertrag allein verpflichtet, mit dem Ablauf ihres Mietverhältnisses die Wohnung an die Bekl. zurückzugeben. Mit der Rückgabe der Wohnung sollten sie also lediglich ihre eigene Verpflichtung erfüllen und damit wieder durch die Rückgabe der Wohnung an die Bekl. diese in den Stand versetzen, ihre Verpflichtung gegen die Kl. allein zu erfüllen. Es trifft nicht zu, daß die Eheleute B. aus ihrem Vertrage verpflichtet gewesen sind, die Wohnung unmittelbar an die Kl. zu übergeben und so gleichzeitig die Verpflichtung der Bekl. zu erfüllen."

Das LG. hält aber die Haftung der Bekl. für den entstandenen Schaden aus anderen Gründen für gegeben. Es führt aus:

„Nach § 541 BGB. hat der Vermieter dem Mieter für den entstehenden Schaden u. a. dann einzustehen, wenn dem Mieter durch das schon bei Vertragsschluß vorhandene Recht eines Dritten der Gebrauch der Mietsache entzogen oder — wie in der Rspr. allgemein anerkannt ist — wegen dieses Rechts überhaupt nicht erst überlassen wird. Unter Recht i. S. dieser Bestimmung sind in erster Linie Eigentum, Nießbrauch und ähnliche dingliche Rechte zu verstehen. Wenn das RG. in seinem Urt. v. 20. April 1936 (IV 276/35, abgedruckt im GrundE. 1936, 641) den § 541 auch in dem Fall anwendet, daß dem Mieter die Mietsache nicht — rechtzeitig — übergeben werden kann, weil gegen alle Erwartung die Räumungsklage des Vermieters gegen den Mieterschutz genießenden Vormieter abgewiesen worden ist und dieser die Mietsache nicht herausgibt, dann kann dabei als Recht i. S. des § 541 nicht der obligatorische Anspruch des Vormieters auf Überlassung und Gewährung der Mietsache angesehen werden. Dieser obligatorische Anspruch entzieht dem neuen Mieter keinesfalls den Mietgebrauch der Mietsache. Wenn z. B. zwei Mietverträge über eine Sache gleichzeitig abgeschlossen werden, ist deshalb für eine Anwendung des § 541 noch kein Raum, keiner der beiden Mieter entzieht dem anderen durch seinen obligatorischen Anspruch den Mietgebrauch, keiner verhindert insbes. durch seinen obligatorischen Anspruch die Übergabe der Mietsache an den anderen. Dies geschieht vielmehr erst und allein durch den auf Grund des Mietvertrages erworbenen Besitz. Dieser Besitz ist daher „das Recht" i. S. des § 541 BGB., das den Mietgebrauch des neuen Mieters verhindert (vgl. RGZ. 59, 326; 105, 218).

Dies entspricht auch gerade dem Sinn des § 541 BGB. Wie das RG. in dem genannten Urteil ausgesprochen hat, beruht die sich aus § 541 ergebende Haftung auf einer stillschweigenden Garantie. Der Vermieter, der einen neuen Mietvertrag abschließt, garantiert damit stillschweigend dem neuen Mieter, daß er bei Beginn des Mietverhältnisses auch tatsächlich in die Räume einziehen kann und nicht dritte Personen vorhanden sind, die ihm — und zwar ihm gegenüber rechtmäßig — den Mietgebrauch entziehen (vgl. auch OLG. Hamburg im Urt. v. 22. Febr. 1909: OLG. 20, 103). Er garantiert also insbes. dafür, daß der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende Mietbesitz des Vormieters bis zum Vertragsbeginn rechtzeitig beseitigt wird. Auf Verschulden kommt es dabei nicht an. Es ist daher gleichgültig, ob der Vermieter unverschuldet angenommen hat, der Mietvertrag erreiche zu dem bestimmten Zeitpunkt sein Ende oder der bisherige Mieter werde bei Ablauf seiner Mietzeit oder der ihm bewilligten Räumungsfrist tatsächlich ausziehen.

Gleichgültig ist es auch, ob der Vormieter bei Beginn des neuen Mietvertrages dem Vermieter gegenüber noch zur Geltendmachung seines den neuen Mieter ausschließenden Rechts befugt ist, ob also sein eigener Mietvertrag noch läuft oder nach § 5 a MietSchG. als fortbestehend gilt oder ob er dem Vermieter gegenüber unberechtigt weiter in den Räumen verweilt, weil sein Mietvertrag oder die ihm bewilligte Räumungsfrist abgelaufen sind. Dem neuen Mieter gegenüber besteht in jedem Fall sein — auf Grund seines Mietvertrages erlangter — Besitz und damit seine Berechtigung, ihn von dem Gebrauch der Mietsache auszuschließen.

Auch im vorl. Fall ist den Kl. der rechtzeitige Gebrauch der Mieträume durch den auf Grund eines Mietvertrages erlangten Besitz der Eheleute B. entzogen worden. Daß nach den in einem gerichtlichen Vergleich niedergelegten Vereinbarungen zwischen der Bekl. und den Eheleuten B. diese zu dem Einzugstermin der Kl. den Besitz hätten aufgeben müssen,

daß also an ihrem weiteren Verweilen die Bekl., die auch ohne Zögern die Zwangsräumung durchgeführt hat, kein Verschulden trifft, ist ohne Einfluß. Die Bekl. haftet daher gemäß § 541 BGB. den Kl. für den entstandenen Schaden ...

Selbst wenn man aber den § 541 BGB. nicht für anwendbar halten würde, ergäbe sich die Haftung der Bekl. aus den allgemeinen Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag.

Für anfängliches Unvermögen zur Leistung wird auch ohne jedes Verschulden gehaftet. Der, der eine Leistung verspricht, muß dafür einstehen, daß er auch zur Zeit zur richtigen Leistung in der Lage ist. Wer eine fremde Sache verkauft, haftet, wenn er sie nicht liefern kann, wobei es gleichgültig ist, ob er — mit oder ohne Verschulden — angenommen hatte, es sei seine eigene, oder er werde sie sich noch zur Lieferung an den Käufer verschaffen können. Diese Haftung findet ihren Grund in einer im Vertragsschluß liegenden stillschweigenden Garantie. Zu dieser für alle Verträge geltenden allgemeinen Regelung gibt es Sonderbestimmungen bei einzelnen der im Gesetz besonders behandelten Vertragsarten. Beim Mietvertrag sind dies die Bestimmungen des § 538 und der §§ 541, 538 BGB., die, wie auch das RG. in der oben zitierten Entscheidung hervorhebt, ebenfalls in einer stillschweigenden Garantie ihren Grund finden. Soweit diese Sonderbestimmungen nicht Platz greifen, bleibt es bei der allgemeinen Regel. Wie der Verkäufer einer fremden Sache, dem es nicht gelungen ist, sich diese Sache noch zur Lieferung an den Käufer zu verschaffen, für sein anfängliches Unvermögen einzustehen hat, so die Bekl., weil sie den schon bei Vertragsschluß bestehenden Besitz der Eheleute B. nicht bis zum Einzugstermin hat beseitigen können. Die Unmöglichkeit, den Kl. den Besitz der Räume am 1. Febr. 1938 zu verschaffen, bestand schon bei Vertragsschluß. Die Weigerung der Eheleute B., am 1. Febr. 1938 auszuziehen, stellte dies nur klar (vgl. OLG. Hamburg im Urt. v. 18. Mai 1901: OLG. 3, 8). In jedem Fall muß daher die Bekl. für den Schaden der Kl. eintreten ..."

(LG. Berlin, 47. ZK., Urt. v. 13. Aug. 1938, 247 S 3078/38.)

*

10. LG. — §§ 564, 565, 568 BGB.

1. Kündigungsfrist bei Nichtausfüllung der vorgedruckten Vertragsbestimmung über Kündigungsfristen und Verlängerung des Vertrages.

2. Für die gesetzliche Kündigungsfrist ist es gleichgültig, ob die Parteien bei einer Mietermäßigung eine Änderung in der Art der Bemessung des Mietzinses i. S. des § 565 BGB. gewollt haben.

Der schriftliche Mietvertrag der Parteien war für die Zeit v. 1. Okt. 1931 bis zum 30. Sept. 1932 geschlossen worden. Als Miete hatten die Parteien darin eine Jahresmiete vereinbart. Der § 11 des Vertragsformulars über Kündigungsfrist und Verlängerung des Vertrages ist nicht ausgefüllt. Der Bekl. — der Mieter — hat mit einer Frist von 6 Wochen zum 1. April 1937 gekündigt. Die Kl. sind der Ansicht, daß vierteljährliche Kündigung erforderlich gewesen sei und die Kündigung des Bekl. daher erst zum 30. Juni 1937 gewirkt habe. Sie verlangen die Miete für den Monat April 1937.

Das AG. hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Der schriftliche Mietvertrag enthält, da sein § 11 nicht ausgefüllt ist, keine Bestimmungen über eine Verlängerung und die Kündigung des Vertrages. Das Vertragsverhältnis war also durch Zeitablauf mit dem 30. Sept. 1932 beendet (§ 564 Abs. 1 BGB.). Es gilt jedoch dadurch, daß der Bekl. den Gebrauch der Mieträume über den 30. Sept. 1932 hinaus fortgesetzt hat, mangels einer gegenteiligen Erklärung der Parteien binnen zweier Wochen nach dem 30. Sept. 1932 gemäß § 568 BGB. als auf unbestimmte Zeit verlängert. Mietverhältnisse auf unbestimmte Zeit werden durch Kündigung beendet (§ 564 Abs. 2 BGB.), für die nach § 565 BGB. maßgebend ist, nach welchen Zeitabschnitten die Parteien den Mietzins „bemessen" haben. In dem schriftlichen Mietvertrag war eine Jahresfriedensmiete und damit eine gesetzliche Jahresmiete vereinbart. Dieser Mietzins war also — gleichgültig wie die einzelnen Zahlungen zu leisten waren — nach Jahren bemessen. Die Parteien haben jedoch im Laufe der Mietzeit die Miete auf „monatlich 90 *RM*" ermäßigt. Zutreffend sieht der Vorderrichter die danach vereinbarte Miete als monatlich „bemessen" an. Fehl geht die Ansicht der Kl., daß mit dieser Ermäßigung keine Änderung des Mietvertrages hinsichtlich der Festlegung auf eine Jahresmiete beabsichtigt gewesen sei. Abgesehen davon, daß beiden Parteien wohl kaum die Bedeutung der Bemessung der Miete für die Länge der Kündigungsfrist bekannt gewesen sein wird, kommt es hierbei überhaupt nicht auf die Absicht einer oder beider Parteien, sondern lediglich auf die tatsächliche Bemessung der Miete an, also darauf, ob auf Grund der Vereinbarung über die Ermäßigung der Miete nunmehr die Miete monatlich oder nach Jahren bemessen war. Da der Vereinbarung nur der Monatsbetrag zugrunde gelegt war, war somit von da an die Miete tatsächlich nach Monaten bemessen. Die Miete wäre nur dann auch weiterhin nach Jahren bemessen gewesen, wenn die Parteien vereinbart hätten, daß die nach einer Jahresfriedensmiete von 960 *RM* berechnete gesetzliche Miete auf 1080 *RM* herabgesetzt werde. Eine solche Vereinbarung ist aber nicht getroffen worden, weder ausdrücklich, noch stillschweigend. Die Kl. können auch nicht geltend machen, daß diese Rechtsfolge aus der Ermäßigung der Miete für sie unbillig sei. Wenn sie trotz der Vereinbarung einer Monatsmiete von 90 *RM* beabsichtigten, die bisher aus der offenbar zufällig erfolgten Bemessung der Miete nach Jahren gemäß § 565 BGB. folgende vierteljährliche Kündigungsfrist aufrechtzuerhalten, hätten sie dies vereinbaren müssen. Haben sie das aus Gesetzesunkenntnis unterlassen, weil sie der irrigen Ansicht waren, die gesetzliche Kündigungsfrist sei allgemein die vierteljährliche, so ist das rechtlich unerheblich. Sie müssen die Folgen dafür tragen, daß sie den § 11 des Mietvertragsformulars (Verlängerungs- und Kündigungsklausel) nicht ausgefüllt haben, und können nicht verlangen, daß die ihnen ungünstigen sich aus dem Gesetz ergebenden Folgen dadurch ausgeschaltet werden, daß der Vereinbarung über die neue Miete eine Auslegung gegeben wird, an die beide Teile gar nicht gedacht haben. Die 6 Wochen vor dem 1. April 1937 erfolgte Kündigung des Bekl. hat daher das Mietverhältnis zwischen den Parteien zu diesem Zeitpunkt beendet, so daß die Kl. für den Monat April von dem Bekl. Miete nicht mehr verlangen können.

(LG. Berlin, 47. ZK., Urt. v. 15. Okt. 1937, 247 S 3877/37.)

Hinsichtlich Ziff. 2 hat das LG. Berlin (47. ZK.) auch in dem Urt. v. 11. Febr. 1938, 247 S 5623/37 ausgeführt:

Ohne Bedeutung ist es, ob die Parteien damals eine Änderung in der Art der „Bemessung" der Miete oder eine Änderung der sich aus der bisherigen Art der Bemessung ergebenden gesetzlichen Kündigungsfrist haben herbeiführen wollen. Die im § 565 BGB. getroffene Regelung der gesetzlichen Kündigungsfrist stellt es nicht darauf ab, welche gesetzliche Kündigungsfrist etwa die Parteien durch bestimmte Maßnahmen haben herbeiführen wollen. Es ist auch unerheblich, ob die Parteien bei der Vereinbarung des Mietzinses eine bestimmte Bemessungsart oder bei einer Mietzinsänderung auch eine Änderung oder die Beibehaltung der bisherigen Bemessungsart gewollt haben. Maßgebend ist für die Feststellung der Kündigungsfrist aus § 565 BGB. allein, wie tatsächlich die vereinbarte Miete bemessen ist.

*

11. RG. — §§ 823, 831 BGB. Entlastungsbeweis. Bedienstete des Fahr- und Schaffnerpersonals eines Straßenbahnunternehmens, die wegen nicht unerheblicher Verstöße gegen die Dienstanweisung und wegen sonstiger Dienst- und Verkehrsverstöße zur Verantwortung gezogen worden sind, müssen in der Folgezeit mindestens während eines angemessenen Zeitraumes schärfer beaufsichtigt werden als die übrigen Gefolgschaftsmitglieder, die treu und gewissenhaft ihre Pflicht erfüllen.

Die Kl. hat beim Sturz aus einem in Bewegung befindlichen Straßenbahnzug erhebliche Verletzungen erlitten und macht Schadensersatzansprüche gegen die Straßenbahngesellschaft geltend. Beide Instanzen erachten den von der Bekl. angetretenen Entlastungsbeweis nicht für geführt.

Die Bekl. gilt, wie dem Senat bekannt ist, nach ihrer Leistung, Organisation und Überwachung ihres Personals mit Recht als ein mustergültiger Verkehrsbetrieb Deutschlands, dessen Einrichtungen und Leistungen gleichermaßen in den Kreisen der Verkehrssachverständigen wie denen der Bevölkerung ihre verdiente Anerkennung finden. Nach der ständigen Rspr. des RG. (vgl. Erläuterungsbuch von Reichsgerichtsräten zu § 831 BGB. Anm. 5a, 6 und die dort zit. Entsch.) vermögen jedoch allgemeine Erwägungen über Ruf und Ordnung eines geachteten Großunternehmens, so sehr berechtigt sie sein mögen, nicht den durch bestimmte

Tatsachen zu erbringenden Entlastungsbeweis im Einzelfalle zu ersetzen. Er kann somit auch im vorl. Falle nicht durch die allgemeine Schlußfolgerung ersetzt werden, daß der mustergültige Betrieb der Bekl. die Sorgfalt bei der Auswahl und Leitung ihres Verrichtungsgehilfen X. als selbstverständlich erscheinen läßt. Mit Recht hat daher bereits das LG. den Entlastungsbeweis auf die einzelnen Dinge gerichtet und die Dienstführung des X. wie die zu seiner Auswahl, Leitung und Überwachung getroffenen Maßnahmen der Bekl. überprüft. So ist durch die Vernehmung des Betriebsamtmanns Z. als festgestellt zu erachten, daß die Bekl. bei Auswahl des X. die von ihr als einem weltstädtischen Verkehrsunternehmen zu fordernde Sorgfalt durchaus beachtet hat. Sie hat bei der i. J. 1924 erfolgten Einstellung des X. seine allgemeine persönliche und moralische Zuverlässigkeit durch Einsichtnahme in die Zeugnisse seiner früheren Arbeitgeber und Einforderung eines polizeilichen Führungszeugnisses nachgeprüft und seine körperliche Diensttauglichkeit durch Untersuchung durch ihren Vertrauensarzt festgestellt. Vor Beginn seiner Tätigkeit ist X. durch einen einwöchigen Lehrgang für den Schaffnerdienst ausgebildet worden. Seine im Schaffnerdienst zum Schutze des Betriebs und der Verkehrsteilnehmer zu beachtenden Pflichten hat die Bekl. aufs eingehendste durch eine gedruckte „Dienstanweisung für den Fahrdienst der Straßenbahn" geregelt und ihm ein Stück der Dienstanweisung zu eigener Unterrichtung und dauernden Beachtung ausgehändigt. Zur Erfüllung ihrer Leitungs- und Aufsichtspflicht hat die Bekl. weiterhin für ihr Personal allmonatliche regelmäßige Unterweisungsstunden eingerichtet, in denen von Fachleuten die im Betriebe gewonnenen praktischen Erfahrungen und die theoretischen Bestimmungen der „Dienstanweisung" besprochen wurden. Wie die Bekl. glaubhaft und unwidersprochen vorgetragen hat, hat X. an diesen Unterweisungsstunden regelmäßig teilgenommen.

Wie der Zeuge Z. weiterhin bekundet hat, ist X. — abgesehen von drei Verwarnungen, die er sich in den Jahren 1924 und 1925 wegen verspäteten Dienstantritts zugezogen hat — wegen Ordnungswidrigkeiten und Pflichtverletzungen im Schaffnerdienst dreimal bestraft worden, und zwar 1924 mit einer Verwarnung, weil er das Abfahrtssignal aus dem Wageninneren gab, 1930 mit einer Verwarnung, weil er einen Zusammenstoß nicht meldete und i. J. 1933 gleichfalls mit einer Verwarnung, weil er die Haltestellen zu leise ausgerufen hatte. Die Bekl. hat somit, wie es ihrer Aufsichtspflicht entsprach, die zu ihrer Kenntnis gelangten Pflichtverstöße des X. beanstandet und gerügt sowie auch zum Anlaß entsprechender Belehrung genommen. Vor und nach diesen Pflichtverletzungen ist X. bis zum Unfallstage laufend durch uniformierte Aufsichtsbeamte gleich dem übrigen Fahr- und Schaffnerpersonal auf seine Dienstführung überwacht worden.

In Übereinstimmung mit dem Vorderrichter vertritt jedoch der Senat die Auffassung, daß die Überwachung durch uniformierte Kontrollbeamte, wie sie die Bekl. allgemein und ständig ihrem Fahr- und Schaffnerpersonal gegenüber auszuüben pflegt, X. gegenüber angesichts der von ihm begangenen Ordnungswidrigkeiten nicht zureichend war. Grundsätzlich muß schon im Interesse der Verkehrsteilnehmer gefordert werden, daß Bedienstete des Fahr- und Schaffnerpersonals, die wegen nicht unerheblicher Verstöße gegen die Dienstanweisung und sonstige Dienst- und Verkehrsverstöße zur Verantwortung gezogen werden, in der Folgezeit mindestens während eines angemessenen Zeitraumes *schärfer* beaufsichtigt werden als die übrigen Gefolgschaftsmitglieder, die treu und gewissenhaft ihre Pflicht erfüllen. Die Bekl. trägt selbst vor, daß sie eine sogenannte „Zivilkontrolle", d. h. eine Überwachung durch Aufsichtsbeamte in bürgerlicher Kleidung, in Fällen durchzuführen pflegt, in denen der betreffende Fahrer und Schaffner zu Mißtrauen besondere Veranlassung gegeben hat. Diese bereits bestehende Übung und Einrichtung ist durchaus ausreichend; sie ist mit dem Gedanken der nationalsozialistischen Betriebsgemeinschaft durchaus vereinbar und kann, da sie nicht allgemein geübt, sondern nur im Einzelfall gegenüber schuldigen Gefolgschaftsmitgliedern zur Anwendung gebracht wird, unmöglich als Bespitzelung empfunden werden. Sie gewährleistet es im Einzelfall, ohne daß es der von der Bekl. befürchteten Umgestaltung ihrer bisherigen erprobten Überwachungsorganisation und einer allgemeinen Einführung der Zivilkontrolle bedarf, daß auch bewußte Verfehlungen und Nachlässigkeiten zur Kenntnis ihrer Aufsichtsorgane gelangen, während uniformierte Kontrollbeamte naturgemäß meist nur solche Ordnungswidrigkeiten festzustellen vermögen, die dem Fahr- und Schaffnerpersonal als solche nicht bewußt sind; denn selbstverständlich werden bewußte Pflichtverstöße von jedem Fahrbediensteten unterlassen werden, sobald ein uniformierter Aufsichtsbeamter den Wegen besteigt oder sich in der Nähe aufhält. Entgegen der Auffassung der Bekl. war aber eine solche Zivilkontrolle des X. mindestens im Hinblick auf die i. J. 1924 begangene fast gleichliegende und nicht leicht zu nehmende Verfehlung — Abgabe des Abfahrtsignals aus dem Wageninnern — eine Zeitlang geboten, zumal auch sonst seine Dienstführung wiederholt zu Beanstandungen Anlaß bot. Daß die einschlägige Pflichtverletzung schon lange Jahre zurückliegt, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Wäre X. gleich nach der damaligen Verfehlung eine Zeitlang einer Zivilkontrolle unterworfen worden, so wären möglicherweise im Laufe dieser Kontrollzeit weitere Verstöße gegen die Dienstvorschriften zur Kenntnis der Bekl. gelangt mit dem Ergebnis, daß X. nach wiederholter eindrücklicher Belehrung und Verwarnung in Zukunft doch weitere ähnliche Pflichtwidrigkeiten, wie auch die der Kl. gegenüber, sich nicht hätte zu Schulden kommen lassen. Da die Bekl. die von ihr in anderen Fällen geübte Zivilkontrolle X. gegenüber ohne rechtfertigenden Grund unterlassen hat, kann der von ihr angebotene Entlastungsbeweis nicht als geführt erachtet werden.

(KG., 23. ZivSen., Urt. v. 24. Okt. 1938, 23 U 3528/38.)

*

12. RG. — § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine im Zeitpunkt der Klagerhebung bestehende andere Ersatzmöglichkeit schließt bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung die Ersatzpflicht auch dann aus, wenn es dem Geschädigten nicht als Verschulden anzurechnen ist, daß er von ihr nicht Gebrauch gemacht hat.

Die Kl. verlangt mit der Klage vom Deutschen Reich Ersatz des Schadens, der nach ihrer Behauptung ihrer Rechtsvorgängerin durch ein Versehen des Grundbuchrichters entstanden ist.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das BG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Es hat die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht als gegeben erachtet mit der Begründung, die Kl. könne von den Rechtsanwälten ihrer Rechtsvorgängerin Ersatz erlangen, weil diese fahrlässig die sich aus dem Anwaltsvertrag ergebende Verpflichtung zur richtigen Rechtsberatung gegenüber der Rechtsvorgängerin der Kl. verletzt hätten. Die Rev. der Kl. war erfolglos.

Die in der schriftlichen RevBegr. u. a. behandelte Frage, ob es als ein Verschulden der Kl. anzusehen sei, daß sie vor Klagerhebung die früheren Prozeßbevollmächtigten ihrer Rechtsvorgängerin nicht in Anspruch genommen habe, bedürfte nur dann einer Erörterung, wenn eine früher vorhanden gewesene Möglichkeit, von den beiden Rechtsanwälten Ersatz zu erlangen, zur Zeit der Klagerhebung weggefallen gewesen wäre. Da aber, falls den Anwälten mit dem BG. eine fahrlässige Verletzung ihrer sich aus dem Anwaltsvertrag ergebenden Verpflichtungen vorzuwerfen ist, ihre Haftung auf Schadensersatz zur Zeit der Klagerhebung und der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz bestand, auch hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit der Rechtsanwälte keine Zweifel obwalten konnten, so kommt es lediglich darauf an, ob die Gründe, aus denen das BG. eine Ersatzpflicht der Anwälte angenommen hat, der rechtlichen Nachprüfung standhalten. Denn alsdann fehlt es an der Klagevoraussetzung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Soweit in dem von der Rev. angeführten Urt. des erk. Sen. vom 7. Febr. 1938, V 133/37, dem übrigens ein anders gearteter Sachverhalt zugrunde lag, eine abweichende Auffassung vertreten ist, wird sie nicht aufrechterhalten.

Daß der Kl. ein Schadenersatzanspruch gegenüber den Prozeßbevollmächtigten ihrer Rechtsvorgängerin zusteht, hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen (wird begründet).

(RG., V. ZivSen., U. v. 5. Jan. 1939, V 172/38.) [R.]

13. KG. — § 883 BGB. Ein Ankaufsrecht kann durch eine gegen den Eigentümer gerichtete Vormerkung auch dann gesichert werden, wenn das Ankaufsrecht erst nach dem Tode des Eigentümers ausgeübt werden darf.

Der als Eigentümer des Grundstückes eingetragene Rentner Friedrich G. vereinbarte mit seiner Nichte, deren minderjährigem Kinde (vertreten durch den Vater) und deren Ehemann, daß seine Nichte das Recht haben sollte, nach seinem Tode das Grundstück aus seinem Nachlaß von seinen Erben für 10000 *RM* anzukaufen; falls das Grundstück noch zu seinen Lebzeiten oder von seinen Erben an einen anderen verkauft werden sollte, sollte sie das Recht haben, ein Vorkaufsrecht auszuüben. Im Falle des Vorversterbens sollte ihr Kind, im Falle auch dieses vorversterben sollte, sollte ihr Ehemann die gleichen Rechte haben. Zur Sicherung des eingeräumten persönlichen Vorkaufsrechts wurde ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt und eingetragen. Zur Sicherung des sich aus dem Ankaufsrecht ergebenden Anspruches auf Übertragung des Eigentums sollte eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen werden.

GBA. und LG. wiesen den Antrag zurück. Das KG. gab der weiteren Beschwerde statt.

Das LG. verkennt nicht, daß § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht Anwendung findet, weil im vorl. Fall kein Schenkungsversprechen erteilt wird. Es meint aber, § 2301 Abs. 1 Satz 2 BGB. sei anwendbar. Dies trifft jedoch nicht zu. Diese Vorschrift setzt voraus, daß ein „Schuldversprechen" i. S. des § 780 oder ein Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB. vorliegt, und daß dieser abstrakte Vertrag eine Schenkung zur Rechtsgrundlage hat. An einem solchen abstrakten Vertrage fehlt es aber im vorl. Falle. Das Wesen des Schuldversprechens i. S. des § 780 BGB. liegt darin, daß das Versprechen die Verpflichtung „selbständig" begründen soll, d. h. es soll die Verpflichtung von ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen losgelöst werden und rein auf den Leistungswillen des Versprechenden abgestellt werden, so daß der Gläubiger, zu dessen Gunsten es abgegeben ist, sich zur Begründung seines Anspruches nur auf das Versprechen zu berufen braucht (vgl. RGRKomm. zu § 780 BGB.). Im vorl. Falle ist nicht ein im angegebenen Sinne *abstraktes* Schuldversprechen Gegenstand der schenkweisen Zuwendung, sondern das Recht, die Vertragsofferte des Eigentümers zu einem Kaufvertrage anzunehmen. Weder dieser Kaufvertrag noch die einzelnen ihn begründenden Erklärungen der Beteiligten sind ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. Hiermit entfällt die Anwendbarkeit des vom LG. herangezogenen § 2301 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wegen dieses Rechtsverstoßes war der Senat in der Lage, die Entscheidung des LG. aufzuheben und ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen selbst auf die erste Beschwerde zu entscheiden.

Das AG. irrt, wenn es meint, die Bindung dritter Personen an den Willen eines noch Lebenden könne über den Tod hinaus grundsätzlich nur durch letztwillige Verfügung erfolgen. Dem steht entgegen, daß z. B. eine Vollmacht kraft ausdrücklicher Bestimmung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus für dessen Erben wirksam sein kann, oder daß das Zustandekommen eines Vertrages nach § 153 BGB. nicht dadurch gehindert wird, daß der Antragende vor der Annahme seiner Offerte durch den anderen Teil stirbt. Im vorl. Falle sind durch die Urkunden v. 18., 19. und 29. Okt. 1937 schon jetzt feste vertragliche Bindungen zwischen den Beteiligten begründet worden. Es handelt sich um einen gegenseitigen Vertrag, der nicht erst mit dem Tode des Friedrich G., sondern schon zu seinen Lebzeiten gewisse beiderseitige Bindungen herstellt: Die Vertragsgegner erhalten hierdurch schon jetzt das unentziehbare Recht, das vereinbarte Ankaufsrecht hinsichtlich des Grundstücks auszuüben. Daß die Ausübung des Rechtes erst von dem Tode des Eigentümers an möglich sein soll, ändert hieran nichts. Die Ausübung des jetzt schon bestehenden Rechtes ist nur in der Weise *betagt*, daß sie erst von dem Tode des Grundstückseigentümers an zulässig sein soll. Dieser betagte Anspruch besteht aber schon jetzt, gegen den Eigentümer gerichtet, und damit besteht auch schon jetzt als Ausfluß dieses Rechtes auf Ausübung des Ankaufes der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks. Dieser Anspruch auf Übereignung steht ferner unter der Bedingung, daß das Recht von dem Berechtigten *ausgeübt* wird. Mit dieser Maßgabe ist der Anspruch gegen den jetzigen Eigentümer gerichtet.

Andererseits steht auch dem Eigentümer ein Anspruch gegen den Ankaufsberechtigten zu, welcher Anspruch mit den oben bezeichneten Ansprüchen der Gegenseite im Abhängigkeitsverhältnis eines gegenseitigen Vertrages steht. Der Eigentümer hat nämlich den Anspruch, daß die Ausübung des Ankaufsrechts und damit die Überführung des jetzt bestehenden bedingten Anspruches auf Übereignung in einen unbedingten Übereignungsanspruch nur gegen Zahlung eines Gegenwertes von 10000 *RM* an den Nachlaß erfolgt.

Aus der dargelegten Eigenart des Rechtsgeschäftes folgt, daß es sich nicht um die Umgehung einer eigentlich gemeinten letztwilligen Verfügung handelt, sondern um einen Vertragstatbestand, dessen Erfüllung vom Eintritt eines bestimmten Tages und einer Bedingung (nämlich Eintritt des Todestages und Abgabe der Gestaltungserklärung) abhängig ist. Gegen die Annahme eines verschleierten Vermächtnisses spricht schon der Umstand, daß die Übereignung *entgeltlich* erfolgen soll.

Es ist anerkannten Rechtes, daß der Übereignungsanspruch, der sich als bedingter Anspruch aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechtes ergibt, durch Vormerkung gesichert werden kann, und zwar schon ehe die Erklärung über die Ausübung des Rechtes abgegeben ist (vgl. RGRKomm. Anm. 10 zu § 883 BGB.).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. Jan. 1939, 1 Wx 345/38.) [H.]

*

14. OLG. — §§ 1191, 1192, 1147 BGB.; Deutsch-SchweizGoldHypAbk.; § 22 ZusAbk. Der Grundstückseigentümer ist nicht persönlich verpflichtet, Maßnahmen zur Befriedigung des Grundschuldgläubigers zu treffen. An diesem Rechtssatz ist auch durch die persönliche Verpflichtung zur Leistung von Zinsen gemäß § 22 ZusAbk. nichts geändert.

Die Kl. war Eigentümerin des in D. belegenen Grundstücks. Auf diesem Grundstück war zugunsten der Bekl. eine Grundschuld über 98760 schw. Fr. auf Grund des Art. 6 des Zusatzabkommens v. 25. März 1923 zum Deutsch-Schweiz.-Goldhypotheken-Abkommen v. 6. Dez. 1920 (in der Folge mit Z. A. bezeichnet) eingetragen. Für diese Grundschuld war gemäß den Bestimmungen des Z. A. als Normalzins 80 % des Reinertrages des Grundstücks zu entrichten. Der Reinertrag ist für das Jahr 1936 durch die Vertrauensstelle für Goldhypotheken in Zürich am 2. Juli 1937 mit 2826,65 *RM* festgesetzt worden, so daß sich ein Normalzins von 2261,32 *RM* ergibt. Im gleichen Range mit der Grundschuld der Bekl. war auf dem Grundstücke eine Eigentümergrundschuld in Höhe von 19752 schw. Fr. für die Kl. eingetragen gem. Art. 7 Z. A. Das Grundstück ist nach Fälligkeit der Grundschuld der Bekl., die am 29. Febr. 1936 eingetreten ist, auf Antrag der Bekl. zur Zwangsversteigerung gekommen und der Bekl. auf ihr Gebot von 53000 *RM* zugeschlagen worden.

Es wurde weiterhin festgestellt, daß die Bekl. mit ihrem weitergehenden Anspruch aus der Grundschuld in Höhe von 12060,88 *RM* ausfalle und desgleichen die Kl. mit ihrem weitergehenden Anspruch aus der Eigentümergrundschuld in Höhe von 2428,87 *RM*. Der Gerichtskasse wurde der Betrag von 310,20 *RM* ausbezahlt, der Vertreter der Kl. erklärte sich für einen ihm zugeteilten Betrag von 8981,29 *RM* für außergerichtlich befriedigt. Auf diese Zuteilung zahlte die Bekl. unter Vorbehalt ihrer weitergehenden Forderungen zu getreuen Händen ihres Prozeßbevollmächtigten 5700 *RM*. Die Parteien waren sich darüber einig, daß die endgültige Auseinandersetzung zwischen ihnen außerhalb des Verteilungsverfahrens stattfinden soll.

Die Kl. verlangt mit der Klage noch einen Betrag von 191,01 *RM*, den sie folgendermaßen errechnet:

Aus der Zuteilung ständen ihr zu	8981,29 *RM*
Hiervon könne die Bekl. absetzen:	
1. die für 1936 zu zahlenden Zinsen für die Grundschuld	2261,32 *RM*
2. die gleichen Zinsen bis zum 12. Mai 1937, errechnet gemäß der Festsetzung für 1936	828,96 *RM*
3. die geleistete Zahlung	5700,— *RM*
	8790,28 *RM*

Die Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten und *Widerklage* erhoben mit dem Antrage: die Kl. zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß aus dem RA. B. treuhänderisch übergebenen Betrag von 5700 *RM* ein Betrag von 3343,70 *RM* nebst 5% Zinsen seit dem 14. Okt. 1937 an die Bekl. und Widerkl. ausbezahlt wird.

Die Bekl. macht außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens die folgenden Beträge geltend:

1. den Grundschuldzins v. 1. Jan. bis 29. Febr. 1936	376,89 *RM*
2. den Verzugszins hierauf mit 6%	36,68 *RM*
3. den Verzugszins von 6% auf das Grundschuldkapital v. 1. Juni 1936 bis 14. Okt. 1937	5514,77 *RM*
4. die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung	696,65 *RM*
	6624,99 *RM*

Die Bekl. hat zur Begründung ihrer Ansprüche vorgetragen, die Kl. sei ihr persönlich schuldrechtlich verpflichtet, für die Vorenthaltung des Kapitals eine Entschädigung in Höhe von 6% des Grundschuldkapitals zu zahlen. Die Bekl., die einen umfangreichen Versicherungsstock in Deutschland unterhalte, hätte durch entsprechende anderweitige Anlage des Kapitals bei rechtzeitiger Rückzahlung seitens der Kl. ohne weiteres eine Verzinsung von 6% erzielen können. Es sei der Kl. schon durch Schreiben v. 14. Dez. 1935 mitgeteilt worden, daß im Falle nicht pünktlicher Zahlung des Grundbuchkapitals am 1. März 1936 ein Verzugsschaden in Höhe von 6% in Anrechnung gebracht werde. Eine Beschränkung der Höhe der nach dem Z. A. von dem Frankengrundschuldner für die Zeit der Dauer seines Eigentums am Grundstück zu entrichtenden Zinsen sei in dem Z. A. nicht vorgesehen. Die Kl. habe ferner ihre Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden, verletzt, da sie der Bekl. am Fälligkeitstage keine vollstreckbare Urkunde ausgehändigt habe. Auch aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung sei eine Haftung der Kl. herzuleiten. Denn die Kl. habe es zur Zwangsvollstreckung nur deshalb kommen lassen, um die Bekl. zu schädigen und möglichst viel für sich herauszuholen. Aus dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkte sei auch die persönliche Haftung der Kl. für die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung und zur Zahlung von Verzugszinsen für die gemäß Art. 22 Z. A. geschuldeten Zinsen gegeben.

LG. hat die Bekl. verurteilt, an die Kl. 64,09 *RM* nebst 5% Zinsen seit dem 5. Okt. 1936 zu zahlen, im übrigen aber Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Berufung ist unbegründet.

Durch die Umwandlung der Goldhypothek der Bekl in eine Grundschuld gem. Art. 6 Z. A. ist die Forderung der Bekl. nunmehr auf das Grundstück beschränkt worden und es besteht eine persönliche Schuld der Grundstückseigentümerin nicht mehr (§§ 1191, 1192 BGB.), ausgenommen die Zinsverpflichtung nach Art. 22 Z. A. Nach Art. 22 Z. A. haftet der jeweilige Eigentümer des mit der Gläubigergrundschuld belasteten Grundstücks für die während der Dauer des Eigentums fällig gewordenen Zinsen auch persönlich. Dieser Vorschrift lag der Gedanke zugrunde, daß der Grundschuldgläubiger, dem an sich nur der Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nach § 866 ZPO. offen steht, gezwungen gewesen wäre, vorzeitig die Versteigerung des Grundstücks zu betreiben, um sich wirklich zu befriedigen; das würde ihm bei dem zur Zeit des Inkrafttretens des Z. A. im Jahre 1923 — der höchsten Inflation — maßgebenden Wertverhältnisse zwischen Grundschuld und Grundstückswert zwar Befriedigung wegen des Zinsanspruchs gebracht haben, aber seine Kapitalforderung voraussichtlich zum Ausfall gebracht haben. Deshalb ist in Art. 22 Z. A. vorgesehen, daß der Grundstückseigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Zinsen auch persönlich haftet, so daß der Grundschuldgläubiger sich auch an sein übriges Vermögen halten kann und nicht genötigt ist, die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks zu betreiben (vgl. Dr. Reichard, „Die schw. Goldhypotheken" S. 113). Dem LG. ist darin beizutreten, daß sich nach Art. 22 Z. A. im vorl. Falle die persönliche Haftung der Kl. auf die von der Kl. in Ansatz gebrachten Zinsen, die für das Jahr 1936 gem. Art. 19 Z. A. auf Grund der Entsch. der Vertrauensstelle festgesetzt sind und für die Zeit v. 1. Jan. bis 12. Mai 1937 entsprechend der für das Jahr 1936 vorgenommenen Berechnungen bemessen sind, beschränkt ist und daß die persönliche Haftung der Kl. mit dem Zeitpunkte des Zuschlags in der Zwangsversteigerung, dem 12. Mai 1937, erloschen ist. Entgegen der Auffassung der Bekl. ist aus Art. 22 Z. A. nicht zu folgern, daß der Schuldner einer Frankengrundschuld nun auch persönlich für einen Verzugsschaden infolge nicht rechtzeitiger Rückzahlung des Grundschuldkapitals haftet.

Eine persönliche Haftung der Kl. für den geltend gemachten Verzugsschaden ist auch weder aus vertraglichen Gesichtspunkten, noch auf Grund unerlaubter Handlung oder sonstiger gesetzlicher Vorschriften begründet. Eine vertragliche Verpflichtung für die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung eines Verzugsschadens in Höhe von 6% des Grundschuldkapitals sowie auf Ersatz der Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung ist von der Kl. nicht übernommen worden. Zutreffend führt das LG. sodann aus, daß eine persönliche Verpflichtung der Kl. für Verzugsfolgen aus der Bestellung der Grundschuld nicht herzuleiten ist. Entgegen der von der Bekl. vertretenen Ansicht vermag der Senat eine persönliche Verpflichtung des Grundstückseigentümers, für die Leistung der Zahlung des fälligen Kapitals Sorge zu tragen und gewissermaßen als Vertreter seines Grundstücks alles hierzu Erforderliche zu tun, nicht anzuerkennen. Insbesondere besteht nicht etwa eine Verpflichtung des Eigentümers, für die Zahlung des Grundschuldkapitals Mittel aus seinem persönlichen Vermögen bereit zu stellen bzw. eine Ersatzhypothek zu beschaffen. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung würde entgegen dem Wortlaut des § 1191, wonach eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, bedeuten, daß der Eigentümer sein persönliches Vermögen zur Verfügung zu stellen hätte. Der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks ist aber lediglich verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Zur Zahlung des Grundschuldbetrages nach Fälligkeit ist er, wie bei der Hypothek, nur berechtigt, aber nicht verpflichtet (vgl. § 1142 Abs. 1 BGB.; RGRKomm. § 1142 Anm. 1 a. E.; § 1113 Anm. 6). Infolgedessen kann der Eigentümer mit der Zahlung des Grundschuldkapitals nicht in Verzug kommen und für einen etwaigen Verzugsschaden auch nicht in Anspruch genommen werden.

Ebensowenig ist eine Haftung der Kl. auf Grund der Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen gegeben. Die Bekl. beruft sich hier auf eine Entsch. des OLG. Köln: JW. 1933, 634. In dieser Entsch. wird ausgeführt, daß der Grundstückseigentümer zwar nicht verpflichtet sei, den Hypothekengläubiger zu befriedigen, sondern lediglich die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden; der Eigentümer dürfe sich aber nicht der Vollstreckung schuldhaft widersetzen und es könne in einem derartigen Falle der Eigentümer persönlich aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung für einen Verzugsschaden in Anspruch genommen werden. Selbst wenn man dieser Ansicht des OLG. Köln folgt, würde im vorl. Falle eine Haftung der Kl. nicht begründet sein. Wie bereits oben hervorgehoben wurde, bestand eine persönliche Verpflichtung der Kl., die Bekl. bei Fälligkeit zu befriedigen, nicht. Die Kl. war auch nicht verpflichtet, am Tage der Fälligkeit des Grundschuldkapitals, dem 1. März 1936, der Bekl. eine vollstreckbare Urkunde auszuhändigen, wie die Bekl. meint. Die Kl. hat sich nach dem eigenen Vortrage der Bekl. im übrigen auf die von der Bekl. unter dem Aktenzeichen 4 O 168/36 erhobene Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück bereit erklärt, eine notarielle Urkunde zu beschaffen und sie hat sich dann auch in einer solchen Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen. Auch sonst ist kein Grund zur Annahme vorhanden, daß die Kl. sich der Zwangsvollstreckung schuldhaft widersetzt hat. Nach alledem besteht eine Haftung der Kl. für die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche nicht. Der vom LG. in übereinstimmung mit den Urteilen des OLG. Karlsruhe v. 10. Mai 1929 und 10. Jan. 1936 eingenommene Standpunkt, daß die Kl. infolge Verzugs bezüglich der nach Art. 22 Z. A. zur persönlichen Schuld erklärten Grundschuldzinsen Verzugszinsen zu leisten hat, steht der Annahme, daß die Kl. für einen Verzugsschaden infolge unpünktlicher Zahlung des Grundschuldkapitals persönlich nicht haftet, nicht entgegen.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 27. Jan. 1939, 7 U 151/38.)

*

15. KG. — § 2197 BGB.; §§ 7, 10 Ges. betr. das ehel. Güterrecht in der Prov. Westfalen v. 16. April 1860 (GS. 165). Bei „unbeerbter" Ehe kann der überlebende Ehegatte eine Testamentsvollstreckung nur bzgl. seines eigenen gütergemeinschaftlichen Anteils und bzgl. seines Erbteils an dem gütergemeinschaftlichen Anteil des erstverstorbenen Ehegatten anordnen.

Als Eigentümer sind im Grundbuch eingetragen: Wilhelm F. und seine Ehefrau Elisabeth geb. A. in ehelicher Gütergemeinschaft. Beide sind verstorben. Sie lebten in

Gütergemeinschaft nach dem westfäl. Ges. v. 16. April 1860. Erben des Ehemannes sind ausweislich des Erbscheins zu zwei Dritteln eine Anzahl Verwandter des Ehemannes, zu einem Drittel mit lebenslänglichem Nießbrauch am sonstigen Nachlaß die überlebende Witwe. Diese hat in dem notariellen Testament v. 8. Sept. 1916 eine Anzahl Erben eingesetzt und zum Testamentsvollstrecker den Kaufmann Karl Sch. ernannt. Der letztere hat in dieser Eigenschaft in notarieller Verhandlung v. 3. Aug. 1938 das Grundstück der Eheleute F. an den Fabrikanten H. verkauft und aufgelassen. Der Antrag auf Umschreibung des Eigentums wurde vom GBA. durch Zwischenverfügung dahin beschieden, daß die Zustimmung der Erben des Ehemannes Wilhelm F. beizubringen sei. Beschwerde und weitere Beschwerde hatten keinen Erfolg.

Da die als Eigentümer eingetragenen Eheleute Wilhelm und Elisabeth F. in kinderloser Ehe lebten, konnte jeder von ihnen gem. § 6 des Ges. v. 16. April 1860 über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen letztwillig verfügen. Soweit ein Ehegatte von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, wird er nach § 7 des Ges. hinsichtlich seines Anteils nach den Vorschriften des PrALR. beerbt. Im vorliegenden Fall ist der Ehemann F. am 7. Febr. 1908 ohne letztwillige Verfügung verstorben und von den im Erbschein v. 8. Dez. 1919 genannten Personen beerbt worden, und zwar von der Witwe zu einem Drittel mit der Maßgabe, daß ihr an dem sonstigen Nachlaß (gem. § 7 Abs. 3 des Ges. v. 16. April 1860) der lebenslängliche Nießbrauch zustand. Da der Nießbrauch nach den gem. Art. 184 EGBGB. auch unter der Geltung des BGB. maßgebend gebliebenen Vorschriften des ALR. I, 21 §§ 22, 25, 30 (ebenso wie nach § 1030 BGB.) nicht zur Verfügung über die Substanz berechtigte, stand somit der Witwe nach dem Tode des Ehemannes ein Recht zu letztwilligen Verfügungen nur hinsichtlich ihres eigenen Anteils am gemeinschaftlichen Ehevermögen und hinsichtlich ein Drittelbruchteils an dem gütergemeinschaftlichen Anteil des Ehemannes zu. Nur bezüglich dieses ihr zu Eigentum gehörigen Vermögens konnte sie wirksam eine Testamentsvollstreckung anordnen und hat ausweislich des § 3 ihres Testaments auch nur insoweit („zu meinem Testamentsvollstrecker") den Kaufmann Sch. zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Zu Unrecht glaubt der BeschwF. ein Recht zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung für den gesamten Anteil des Ehemannes aus der Entsch. des Senats (JFG. 17, 244 = JW. 1938, 1668) herleiten zu können. Diese Entsch. betraf einen Fall sogenannter „beerbter" Ehe, bei welcher die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten in § 10 des Ges. v. 16. April 1860 dahin geregelt ist, daß er die Gütergemeinschaft mit den unabgefundenen Kindern fortsetzt (Abs. 1) und für sich allein berechtigt ist, durch Übertragsverträge oder letztwillige Verfügungen unter den unabgefundenen Kindern die Sukzession in das gemeinschaftliche Vermögen zu regeln. Aus diesem letzteren, dem überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu den Kindern eingeräumten beschränkten Recht zur Verfügung über die Substanz des ganzen, also auch den Anteil des erstverstorbenen Ehegatten umfassenden Vermögens ist in dieser Entsch. das Recht des überlebenden Ehegatten zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung auch hinsichtlich des Anteils des Erstverstorbenen hergeleitet, soweit sie der Durchführung der im Rahmen des § 10 Abs. 4 des genannten Ges. getroffenen sachlichen Verfügungen dienen soll. Nur für den Fall beerbter Ehe ist also aus dem im § 10 Abs. 4 dem überlebenden Ehegatten eingeräumten Substanzverfügungsrecht auch die Befugnis zur Anordnung einer den früheren Anteil des erstverstorbenen Ehegatten umfassenden Testamentsvollstreckung im Rahmen der Zweckbegrenzung des § 10 Abs. 4 zuerkannt worden. Bei unbeerbter (kinderloser) Ehe ist jedoch dem überlebenden Ehegatten nach dem genannten Gesetz hinsichtlich des Anteils des Erstverstorbenen gegenüber den an dessen Anteil beteiligten Erben ein Recht zum Eingreifen in das von ihnen ererbte Anteilsvermögen nicht beigelegt; es ist ihm vielmehr nur die beschränkte Rechtsstellung eines Nießbrauchers eingeräumt, mit dessen begrifflichen bloßen Nutzungsbefugnissen es nicht vereinbar ist, die Eigentumsrechte der in den Anteil berufenen Erben durch eine ihr Verfügungsrecht — wenn auch nur zeitlich begrenzt — ausschließende Testamentsvollstreckung substanzmäßig zu beschränken.

Gegenüber dieser gesetzlichen Gestaltung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten ist für bloße wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen, mit denen der BeschwF. die vermeintliche Befugnis der Erblasserin zur Anordnung der Testamentsvollstreckung begründen zu können glaubt, kein Raum.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 2. Febr. 1939, 1 Wx 33/39.) [H.]

Ehegesetz

16. RG. — § 37 Abs. 2 EheG. Der Sinn der neuen Bestimmung des § 37 Abs. 2 EheG. liegt darin, daß sich ein Ehegatte nicht auf einen Aufhebungsgrund soll berufen können, der im Laufe einer langjährigen Ehe seine Bedeutung verloren und in keiner Weise ungünstig auf die Gestaltung der Ehe eingewirkt hat und einwirken wird.

Die Parteien haben am 13. Mai 1921 die Ehe geschlossen, aus der ein Sohn hervorgegangen ist. Sie leben seit dem 1. Dez. 1935 getrennt.

Mit der Klage hat der Kl. zunächst die Scheidung der Ehe zur Alleinschuld der Bekl. begehrt mit der Begründung, daß sie ihm seit Mai 1935 beharrlich und ohne Grund den ehelichen Verkehr verweigert, sich auch grundlos von ihm getrennt habe und trotz ernstlicher Aufforderung nicht zurückgekehrt sei. Die Bekl. hat um Klageabweisung gebeten.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Der Kl. hat Berufung eingelegt und nunmehr — und zwar auf Grund der Behauptung, die Bekl. habe, wie ihm erst im Verlauf des Rechtsstreits bekannt geworden sei, vor der Heirat aus dem Verhältnis mit einem russischen Gefangenen ein uneheliches Kind geboren — in erster Linie beantragt, die Ehe für nichtig zu erklären. Den früheren Antrag auf Scheidung der Ehe hat er als Hilfsantrag gestellt. Die Bekl. hat Zurückweisung der Berufung und im Wege der Anschlußberufung ihrerseits die Scheidung der Ehe zur Alleinschuld des Kl. beantragt. Sie stützt ihr Scheidungsbegehren auf Ehebruch des Kl.

Das BG. hat unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Bekl., dem Hauptantrag des Kl. entsprechend, die Ehe der Parteien für nichtig erklärt.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BU., das noch während der Gültigkeit des alten Eherechts ergangen ist, sieht die Anfechtung der Ehe gem. § 1333 BGB. als begründet an auf Grund der Tatsache, daß die Bekl. vor der Ehe ein uneheliches Kind geboren habe und dies dem Kl. bei der Eheschließung unbekannt gewesen sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Kl. bei der Heirat gewußt habe, daß die Bekl. nicht mehr jungfräulich sei, sowie ob er erklärt habe, sie wollten einen dicken Strich unter das voreheliche Leben beider Teile setzen; denn er habe zu dieser Zeit nicht gewußt, daß die Bekl. ein Kind zur Welt gebracht hatte. Die Geburt eines Kindes habe über den Geschlechtsverkehr hinaus dadurch Bedeutung, daß das lebende Kind ein Zeuge des Geschlechtsverkehrs sei. Bereits durch das Erscheinen des Kindes könne der Ruf der Frau gelitten haben, es bestehe auch die Möglichkeit, daß das Auftreten des Kindes später in den Familien Störungen hervorrufe. Daß, wie die Bekl. behaupte, ihr Kind inzwischen verstorben sei, sei belanglos, da es für die Stellungnahme des anfechtenden Ehegatten auf die Zeit der Heirat ankomme. Damals aber habe jedenfalls das Kind noch gelebt. Bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe würde ein Mann bei solcher Sachlage von der Heirat absehen. Daß der Kl. entgegen den Erfahrungen des Lebens trotz Kenntnis des fraglichen Umstandes die Ehe mit der Bekl. geschlossen hätte, habe die Bekl. nicht dargetan.

Da sonach die Ehe für nichtig zu erklären sei, komme es auf die beiderseitigen Scheidungsklagen nicht mehr an.

Die Rev., die das Urteil insbes. unter Hinweis auf

die gem. § 93 EheG. jetzt anzuwendenden Bestimmungen des EheG. angreift, muß Erfolg haben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das BG. die Voraussetzungen für eine Anfechtung gem. § 1333 BGB. mit Recht bejaht hat. Nach neuem Recht muß jedenfalls die an Stelle der früheren Anfechtungsklage getretene Aufhebungsklage an der Bestimmung des § 37 Abs. 2 EheG. scheitern, daß die Aufhebung ausgeschlossen ist, wenn das Verlangen des einen Ehegatten nach Aufhebung der Ehe mit Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des ehelichen Lebens der Ehegatten nicht gerechtfertigt erscheint. Unter diesem Gesichtspunkt hat das BG. — weil es bisher an einer derartigen Bestimmung fehlte — den Hauptantrag des Kl. nicht geprüft. Nach den vorliegenden Tatsachen muß aber, ohne daß es weiterer Ermittelungen bedarf, die Bestimmung zur Abweisung der Aufhebungsklage führen. Die seit 17 Jahren bestehende Ehe der Parteien ist offenbar viele Jahre lang ohne erhebliche Reibungen verlaufen. Erst im Jahre 1935, also nach 14jähriger normaler Ehe, aus der auch ein Kind hervorgegangen ist, haben sich die Parteien getrennt. Daß sich die Bekl. während der Ehe irgendwelche Verstöße gegen ihre Treuepflicht hätte zuschulden kommen lassen, hat der Kl. selbst nicht behauptet; auch sonst hat sich in dieser Hinsicht im Rechtsstreit nicht das geringste ergeben. Das voreheliche Kind der Bekl. ist während der Ehe nie in Erscheinung getreten; es ist bereits im Jahre 1921 von einem Ehepaar F. an Kindes Statt angenommen worden. Von seinem Vorhandensein hat der Kl. erst während des Rechtsstreits erfahren, also zu einer Zeit, als die Ehe aus anderen Gründen schon zerrüttet war. Dafür, daß das Kind der Bekl. — auch wenn es nicht, wie die Bekl. behauptet, inzwischen verstorben wäre — noch irgendwie zu einer Störung der Ehe führen könnte, fehlt jeder Anhalt. Wenn der RevKl. in der Verhandlung vor dem RevG. vorgetragen hat, ihm sei jetzt der Verdacht aufgestiegen, daß die Bekl. bei ihren häufigen Besuchen in ihrer Heimat das voreheliche Kind besucht habe, so ist dem keinerlei Bedeutung beizumessen, weil damit nicht einmal etwas Bestimmtes in dieser Richtung behauptet, geschweige denn unter Beweis gestellt ist. Unter diesen Umständen kann der Kl. sein Verlangen auf Aufhebung der Ehe auf den fast zwei Jahrzehnte zurückliegenden Fehltritt der Kl., der nachteilige Folgen für die Ehe nicht gehabt hat und nicht haben wird, nicht stützen, weil nach der bisherigen Gestaltung des ehelichen Lebens dieses Verlangen nicht als sittlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Es ist gerade der Sinn der neuen Bestimmung des § 37 Abs. 2 Halbsatz 2 EheG., daß sich ein Ehegatte nicht auf einen Aufhebungsgrund soll berufen können, der im Laufe einer langjährigen Ehe seine Bedeutung verloren und in keiner Weise ungünstig auf die Gestaltung der Ehe eingewirkt hat und einwirken wird. Die Berufung auf einen solchen bedeutungslos gewordenen Aufhebungsgrund wird auch nicht dadurch sittlich gerechtfertigt, daß, wie es hier der Fall ist, die Ehe später aus anderen Gründen brüchig geworden ist und möglicherweise aus diesen Gründen doch gelöst werden wird.

Kann somit die Aufhebungsklage nicht zum Erfolge führen, so kommt es — auch abgesehen davon, daß entgegen der früheren Rechtslage jetzt auch gegenüber der Aufhebungsklage des Kl. die Scheidungsklage der Bekl. gem. § 18 der 1. DurchfVO. z. EheG. Bedeutung haben könnte — auf die beiderseitigen Scheidungsklagen an, hinsichtlich deren der Senat nicht ohne weiteres von sich aus zu einer Entscheidung in der Lage ist.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 2. Febr. 1939, IV 189/38.)

*

17. KG. — §§ 37, 118 EheG.; § 54 DurchfVO. zum EheG.

1. Die Anwendung der Sondervorschriften des EheG. für das Land Österreich sind nicht auf das Land Österreich beschränkt.

2. Eine Ehe, die bisher österreichischem Recht unterstand, kann im Gegensatz zu den altreichlichen Ehen nach dem 1. Aug. 1938 noch mindestens ein Jahr lang wegen Irrtums über die Bedeutung der Rasseverschiedenheit aufgehoben werden.

3. Eine Bestätigung dieser Ehe vor Inkrafttreten des EheG. ist nicht möglich.

Die Parteien haben am 28. Sept. 1923 in Wien die Ehe miteinander geschlossen. Sie waren damals österreichische Staatsangehörige. Der Bekl. ist Volljude, die Kl. deutschstämmig. Die Parteien, die bis zum Mai oder Juni 1938 auch miteinander geschlechtlichen Verkehr gehabt haben, sind am 1. Sept. 1938 von Wien nach Berlin gekommen, wo sie nunmehr Wohnsitz haben. Die Kl. bittet um das Armenrecht für die Aufhebung der Ehe. Sie habe über die Rassefragen auf Grund der im früheren Österreich herrschenden politischen und rassischen Anschauungen nicht die erforderliche Vorstellung gehabt und sich bei der Eheschließung in einem Irrtum i. S. von § 37 EheG. befunden.

Das LG. hat die Bewilligung des Armenrechts abgelehnt. Nach § 91 EheG. rechne die Frist für die Klageerhebung 12 Monate zurück und beginne nach § 40 EheG. mit dem Zeitpunkt, in welchem die Kl. den Irrtum erkannt habe. Es sei aber nicht glaubhaft, daß die Kl. von der Bedeutung des Rasseunterschiedes erst am 1. Aug. 1937 oder später Kenntnis erhalten habe, da sich auch im früheren Österreich diese Gedanken schon lange vor der Wiedervereinigung mit dem Reich durchgesetzt hätten. Jedenfalls habe die Kl. bei dem letzten ehelichen Verkehr im Mai oder Juni 1938 diese Erkenntnis gehabt, so daß eine Bestätigung vorliege.

Diese Ausführungen des LG. stehen in mehrfacher Beziehung mit dem geltenden Recht nicht in Einklang. Es übersieht zunächst, daß die Ehe der Parteien in Österreich geschlossen und diese bis zur Wiedervereinigung der Ostmark mit dem Reich personenrechtlich dem früheren österreichischen Eherecht unterstanden. Für diese Ehen gelten nicht die Überleitungsvorschriften der §§ 84—98, sondern die der §§ 99 bis 128, die sich als „Sondervorschriften für das Land Österreich" bezeichnen. Lokal ist ihre Anwendung im allgemeinen aber keineswegs auf das Land Österreich beschränkt, vielmehr fallen darunter alle Ehen, die s. Z. dem österreichischen Recht unterstanden haben, wie schon der Sinn dieser Bestimmungen ergibt. Daraus folgt aber dann, daß auch der Richter des Altreichs diese Überleitungsvorschriften heranzuziehen hat.

Nicht § 91 EheG., der auf derartige Ehen nicht anwendbar ist (§ 107 EheG.), sondern § 118 EheG., der durch § 54 der DurchfVO. ergänzt wird, entscheidet also. Danach bestimmt sich die Gültigkeit einer vor Inkrafttreten des EheG. geschlossenen Ehe grundsätzlich nach den bisherigen Gesetzen, also den Bestimmungen des ABGB. (§ 118 Abs. 1 EheG.), wobei jedoch bei Gleichartigkeit des Ungültigkeitsgrundes des bisherigen Rechts mit einem Aufhebungsgrunde des EheG. nur Aufhebung der Ehe stattfindet (Abs. 2). Die bisherigen österreichischen Gesetze kannten aber die Irrtumsanfechtung (Ungültigkeit der Ehe wegen Irrtums) nur, wenn „er in der Person des künftigen Ehegatten vorgegangen ist" (§ 57 ABGB. i. Verb. m. §§ 94, 95), während „alle übrigen Irrtümer der Ehegatten" der Gültigkeit des Ehevertrages (Eheschließung i. S. des BGB.) nicht entgegengestanden (§ 59 ABGB.; vgl. auch Palandt, „Kurzkommentar zum BGB.", Anm. 1 zu § 37 EheG.). Die Ungültigkeit der Ehe wegen Rassenverschiedenheit zu betreiben, war der Kl. also bis zum 1. Aug. 1938 schon aus rechtlichen Gründen verwehrt, zumal sie auch bei einer Klage im Altreich ihrem österreichischen Heimatrecht unterstanden hätte. Da ein Ungültigkeits-(Aufhebungs-)grund bis zum 1. Aug. 1938 für die Kl. nicht bestand, konnte sie bis zu diesem Tage übrigens auch nicht die Ehe bestätigen. Um aber auch für die vor dem Inkrafttreten des EheG. geschlossenen Ehen den Rechtszustand möglichst dem des EheG. anzugleichen, schränkt § 118 Abs. 3 EheG. die Möglichkeit der Ungültigerklärung bei Zusammenleben der Ehegatten am 1. April 1938 i. S. der nunmehr geltenden Bestimmungen ein, so daß also dann ein Ungültigkeitsgrund des bisherigen österreichischen Rechts, der nicht auch

ein Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund des EheG. wäre, den Bestand der Ehe nicht mehr gefährdet. Andererseits erweitert das EheG. die Aufhebungsgründe aus dem gleichen Grunde durch § 54 DurchfVO. Danach kann die Aufhebung einer vor dem 1. Aug. 1938 geschlossenen Ehe auch aus den Gründen des EheG. begehrt werden, soweit nach den bisherigen Gesetzen ein Ungültigkeitsgrund, der gem. § 118 Abs. 2 die Aufhebung ergeben würde, nicht gegeben ist. Die Frist zur Klagerhebung endet in diesem Falle frühestens am 1. Aug. 1939 (vgl. auch Palandt a. a. O., Anm. 4 zu § 118 EheG.).

Daß nach den bisherigen österreichischen Gesetzen die Rassenverschiedenheit die Ungültigkeit einer Ehe nicht begründen konnte, ist bereits oben gesagt. Daß jene andererseits ein die Person des anderen Ehegatten betreffender Umstand i. S. von § 37 EheG. ist, steht außer Zweifel (vgl. Palandt auch a. a. O., Anm. 8 zu § 37 EheG., Stichwort „Rasse"), ebenso wie unbedenklich angenommen werden kann, daß die Kl. z. B. ihrer Eheschließung i. J. 1923 diesen Umstand nicht in seiner Bedeutung erkannt hat. Dann eröffnet aber § 54 der DurchfVO. z. EheG. für die dem früheren österreichischen Recht unterstehenden Ehen — im Gegensatz zum Altreich, hier trotz der sich aus § 91 i. Verb. m. § 40 EheG. ergebenden Fristerstreckung — die Möglichkeit der Aufhebung wegen Irrtums über die Rasseverschiedenheit (vgl. Palandt a. a. O. und Vorbem. vor § 1 BlutschutzG.; ferner Ficker: JW. 1938, 2102), da die Frist für die Erhebung der Aufhebungsklage erst mit dem 1. Aug. 1938 zu laufen begonnen hat. Unter diesen Umständen ist das Klagebegehren der Kl. aber keineswegs aussichtslos.

Das LG. wird im Laufe des Verfahrens freilich auch zu prüfen haben, ob in der gemeinsamen Übersiedlung der Parteien von Wien nach Berlin nach dem 1. Aug. 1938 etwa eine Bestätigung i. S. von § 37 Abs. 2 EheG. zu sehen ist, wofür allerdings diese Tatsache allein noch nicht zu sprechen braucht, insbes. wenn die Kl. nur aus Versorgungsschwierigkeiten dem Bekl. nach Berlin folgte (vgl. auch Palandt a. a. O., Anm. 6a zu § 37 EheG. u. Anm. 3 zu § 22 EheG.).

(KG., 13. ZivSen., Beschl. v. 16. Jan. 1939, 13 W 5548/38.)

*

18. KG. — §§ 49, 55, 93—95, 112 EheG.; § 606 ZPO.

1. Die vorgebrachten Scheidungsgründe sind auch dann, wenn sie vor Inkrafttreten des EheG. liegen, stets nur nach diesem zu beurteilen.

2. Frühere österreichische Staatsangehörige können in Ehesachen ein Gericht des Altreichs ebenso anrufen wie Personen aus dem Altreich ein solches im Lande Österreich. § 606 Abs. 4 ZPO. kommt interlokal nicht zur Anwendung.

3. Die Gegnerschaft eines Ehegatten gegen die vaterländische Einsatzbereitschaft des anderen ist eine schwere Eheverfehlung.

4. Wird Widerspruch gegen das Scheidungsbegehren aus § 55 EheG. nicht erhoben, so ist die Ehe ohne weiteres zu scheiden. Unfreiwillige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

Die Parteien begehren mit Klage und Widerklage Scheidung der Ehe. Beide stützen ihr Scheidungsbegehren auf Eheverfehlungen des anderen Teiles, und zwar die Bekl. auch auf Ehebruch. Sämtliche vorgebrachten Scheidungsgründe sind nur nach dem EheG. v. 6. Juli 1938 zu behandeln. Dieses enthält zwar für das Altreich keine ausdrücklichen übergangsbestimmungen hinsichtlich eines bereits anhängigen Scheidungsverfahrens. Wie aus §§ 93—95 EheG. zu entnehmen ist, soll aber fortan nur das neue EheG. hinsichtlich einer Scheidung angewendet werden, wie übrigens die Sondervorschriften für Österreich auch ausdrücklich in § 112 EheG. hervorheben. Es ist also der Gedanke des Art. 201 Abs. 2 EGBGB., daß auf Tatsachen, die sich vor Inkrafttreten des Gesetzes ereignet haben, die Scheidung nur dann gegründet werden kann, wenn sie nach dem bisherigen Recht Scheidungs- oder Trennungsgründe waren, nicht übernommen worden.

Gegen die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestehen keine Bedenken, da die Voraussetzungen von § 606 Abs. 1 ZPO. erfüllt sind. Der Kl. und auch die Bekl. sind zwar frühere österreichische Staatsangehörige gewesen, die zunächst erfolgte Ausbürgerung des Kl. hat sich jedoch auf Grund von § 2 der VO. über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich v. 3. Juli 1938 (RGBl. I, 790) wieder erledigt. Aus dem EheG. ist aber nicht zu entnehmen, daß etwa derartige Personen nur ein Gericht im Lande Österreich anrufen könnten; denn die von diesen Gerichten in Ehesachen (wegen § 81 Ziff. 3 Österr. ExekutionsO.) früher allerdings beanspruchte ausschließliche Zuständigkeit hat ihre Bedeutung verloren, nachdem Österreich mit dem Altreich wieder vereinigt ist und auch nur noch eine Gerichtshoheit besteht. Jeder, der die österreichische Bundesangehörigkeit früher gehabt hat, kann also im Altreich und jeder früher dem Altreich staatsrechtlich Zugehörige kann heute im Lande Österreich auf Scheidung nach dem EheG. klagen, wenn die Zuständigkeit nach den in Betracht kommenden Verfahrensordnungen gegeben ist. § 606 Abs. 4 ZPO. kommt interlokalrechtlich nicht zur Anwendung. Für das Verfahren und damit für die Zuständigkeit ist natürlich allein die Verfahrensordnung maßgebend, die für das mit der Sache befaßte Gericht gilt.

Der Kl. stützt seine Klage in erster Linie auf § 49 EheG. Die Beweisaufnahme hat aber nicht ergeben, daß aus Verschulden der Bekl. bei der Flucht des Kl. Anfang Aug. 1933 der Briefordner mit den Adressen seiner Parteigenossen in die Hände der österreichischen Bundespolizei gefallen ist. Würde das absichtlich oder grob fahrlässig geschehen sein, so würde der Senat allerdings hierin eine schwere Eheverfehlung sehen; denn es läge darin eine offen zutage tretende Mißachtung oder gar Gegnerschaft gegen die Einstellung und die vaterländische Einsatzbereitschaft des Kl., für die dieser sogar die Heimat verlassen mußte. In derartiger Weise darf sich ein Ehegatte nicht in Gegensatz zum anderen stellen, ohne damit gegen das Wesen der Ehe zu verstoßen. Solche Feststellungen konnten aber nicht getroffen werden. Hingegen ist das auf § 55 EheG. gestützte Scheidungsbegehren des Kl. berechtigt. Denn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten ist schon seit über drei Jahren aufgehoben, wobei es keine Rolle spielt, daß diese Aufhebung zunächst unfreiwillig erfolgte, da der Kl. flüchten mußte. Auch wenn damals der Wille zur Wiedervereinigung zunächst bestanden haben mag, so ergibt sich aus der Annahme einer Stellung durch die Bekl. eindeutig, daß sie jedenfalls sehr bald nach der Flucht des Kl. den Willen, dem Kl. nach Deutschland zu folgen, nicht mehr hatte. Die Ehe der Parteien ist auch unheilbar zerrüttet. Das ergibt sich nicht nur aus der Art und Weise des gegenseitigen Vorbringens der Parteien im vorl. Verfahren, sondern auch daraus, daß der Kl. selbst angegeben hat, die Wiederaufnahme der ehelichen Beziehungen würde für ihn eine Qual bedeuten; auch hat er zugegeben, daß er sich inzwischen anderen Frauen zugewendet hat, wie er das übrigens auch während des Zusammenlebens getan hat. Die Voraussetzungen für eine Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 Abs. 1 EheG.) sind also gegeben. Die Ehe der Parteien ist bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne weiteres zu scheiden, da die Bekl. einen Widerspruch nicht erhoben hat.

(KG., 13. ZivSen., Urt. v. 28. Nov. 1938, 13 U 1666/38.)

*

**** 19. RG. — § 55 EheG.**

1. Für die Feststellung, ob alleiniges oder überwiegendes Verschulden des einen Ehegatten i. S. des § 55 Abs. 2 S. 1 EheG. vorliegt, muß derselbe Grundsatz gelten, der in § 254 BGB. seinen Niederschlag gefunden hat, wo es auch auf eine Abwägung gegenseitigen schuldhaften Verhaltens für die daraus zu ziehenden Folgen ankommt. Für § 55 EheG. ist nur noch besonders zu beachten, daß auch Ereignisse, die keine Schuld bedeuten, einen überwiegenden ursächlichen Zusammenhang einer schuldhaften Verfehlung des Kl. mit einer eingetretenen unheilbaren Zerrüttung in Frage stellen können.

2. Wenn auch im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, bei einwandfreier Haltung der beklagten Partei, ernsthafter Gefährdung ihrer Existenz, im Interesse ehelicher Kinder und angesichts vorgerückten Alters der Eheleute könne eine Scheidung nicht gutgeheißen werden und es müsse der Widerspruch gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 beachtet werden, so kann der aus dieser Auffassung gezogenen Folgerung doch nicht ohne Einschränkung zugestimmt werden, weil die schweren sittlichen und einer gesunden Volkserhaltung abträglichen Schä-

den dabei nicht berücksichtigt sind, die sich aus einer Aufrechterhaltung inhaltlos gewordener Ehen ergeben.

Die Parteien haben am 6. Okt. 1908 die Ehe geschlossen, aus der ein jetzt volljähriger Sohn hervorgegangen ist, der Offizier ist. Der letzte eheliche Verkehr der Parteien hat im Jahre 1922 stattgefunden. Der Ehemann hatte am Kriege teilgenommen, war in Gefangenschaft geraten, war aus dieser im Febr. 1920 zurückgekehrt, hatte dann im Juni 1921 eine Kriegerwitwe S. kennen gelernt und war zu ihr in Beziehungen getreten. Er betrachtet sie vor seinem Gewissen als seine Ehefrau. Seit 17. März 1934 leben die Parteien getrennt.

Eine frühere Ehescheidungsklage des Ehemannes ist im Jahre 1934 abgewiesen worden.

Mit der im Jahre 1936 erneut erhobenen Scheidungsklage verlangt der Ehemann abermals Scheidung auf Grund des § 1568 BGB. LG. und OLG. wiesen die Klage ab. Nachdem das Bu. vom RG. aufgehoben worden war, hat nunmehr das BG. auf Grund des inzwischen erlassenen EheG. v. 6. Juli 1938 die Ehe geschieden und dem Kl. die Schuld an der Scheidung zugesprochen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Rev. eingelegt. Der Kl. beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es ihm ungünstig ist, und auf Scheidung der Ehe aus Verschulden der Bekl. zu erkennen, die Bekl. bittet, das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. RG. wies beide Rev. zurück.

Das BG. hat in Würdigung der vom Kl. vorgebrachten Behauptungen ein Verschulden der Bekl. an der Zerrüttung der Ehe oder an der Vertiefung einer bereits bestehenden Zerrüttung verneint und die Klage, soweit sie auf § 49 EheG. gestützt war, für nicht begründet erachtet. Hiergegen richtet sich die Rev. des Kl., jedoch ohne Berechtigung.

Das, was das BG. der Bekl. vorhalten zu dürfen glaubt, mangelndes Interesse für das Kriegserlebnis des Kl., für seine Parteitätigkeit, unterlassene Versuche zu einer Wiederannäherung an den Kl. zu gegebener Gelegenheit, z. B. bei der Verlobung des Sohnes, brauchte das BG. nicht davon zu überzeugen, daß *hierdurch* die Ehe so tief zerrüttet worden wäre, daß die Wiederherstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr hätte erwartet werden können. An diese tatsächliche Beurteilung ist das RevG. gebunden. Nach dieser Richtung hin erhebt die Rev. auch keinen Angriff, sondern will das Verhalten der Bekl. nur in einigen anderen (näher ausgeführten) Begebenheiten anders beurteilt wissen.

Was die Rev. hiergegen vorbringt, zielt jedoch im wesentlichen auf eine andere Tatwürdigung ab (wird ausgeführt).

Die Angriffe der Rev. gegen die Feststellung, daß eine Verfehlung der Bekl. aus der Zeit nach Abschluß des ersten Scheidungsprozesses nicht vorliegt, daher, soweit § 49 EheG. in Frage kam, auch auf die früheren Vorgänge nicht noch wieder einzugehen und somit eine Scheidung aus Verschulden der Bekl. nicht auszusprechen ist, sind daher nicht gerechtfertigt.

Die Rev. des Kl. erweist sich demnach als unbegründet, soweit sie seinen Scheidungsantrag aus § 49 EheG. betrifft.

Die Rev. der Bekl. wendet sich dagegen, daß dem Widerspruch gegen die Scheidung, die auf Grund dreijähriger Trennung und Zerrüttung der Ehe ausgesprochen worden ist — § 55 EheG. —, nicht stattgegeben worden ist.

Das BG. stellt fest, daß die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit über drei Jahren aufgehoben und eine tiefgreifende unheilbare Zerrüttung der Ehe namentlich durch die Beziehungen des Kl. zu der Witwe S. eingetreten ist, so daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist. Ein Rechtsirrtum tritt in diesen Feststellungen nicht hervor. Das BG. hat dabei von der verschiedenen Wesensart der Streitteile gesprochen; die Rev. vermißt eine Begründung hierfür. Das BG. hat jedoch zur Erläuterung seiner Auffassung in diesem Zusammenhange die innere Einstellung des Kl., der in seinem Beruf und seiner Parteitätigkeit aufgegangen ist, und die Verbitterung und Gegensätze unter den Parteien hervorgehoben, die schon zu groß geworden sind — nicht einmal die Verlobung des Sohnes ist dem Kl. angezeigt worden —. Die Rev. weist ferner darauf hin, daß die Zerrüttung der Ehe eine einseitige sei. Eine eheliche Gemeinschaft findet jedoch ihre Grundlage in einem gegenseitigen Verhältnis, das auf Liebe, Achtung und Treue beruht. Fehlt es daran auch nur auf der einen Seite, so ist dieses Verhältnis zerrüttet. Die einseitige Bereitwilligkeit der Bekl., die Ehe fortzusetzen, wenn der Kl. von der Witwe S. ablasse, auf die die Rev. hinweist, brauchte die Überzeugung des BG. von der unheilbaren Zerrüttung nicht zu erschüttern, angesichts der ablehnenden Haltung des Kl., seiner bereits über fünfzehn Jahre lang bestehenden Beziehungen zur Witwe S., der weit fortgeschrittenen Entfremdung der Parteien.

Das BG. führt weiter aus, die bestehende Zerrüttung sei allein vom Kl. verschuldet worden, weil er seit 1921 mit der Witwe S. Ehebruch betrieben habe. Die Interesselosigkeit der Bekl. in der Nachkriegszeit gegenüber dem Kriegserlebnis des Kl. und den Zeitereignissen könne sein eigenes schweres Verschulden nicht vermindern, zumal es an einer Darlegung fehle, daß die gerügte Einstellung der Bekl. schuldhaft herbeigeführt worden sei. Das BG. hält daher die Voraussetzungen für ein Widerspruchsrecht der Bekl. — § 55 Abs. 2 S. 1 EheG. — für gegeben.

Diese Ausführungen bedürfen lediglich einer Ergänzung. Das Gesetz spricht von dem alleinigen oder überwiegenden Verschulden. Es kommt also nicht nur darauf an, ob ein Verstoß gegen eine wesentlichere oder geringere Pflicht vorliegt, denn das Maß der Schuld hängt nicht nur hiervon ab, sondern auch von den Umständen, unter denen es zu der Verfehlung gekommen ist. Bei der Abwägung der Schuld ist zugleich aber auch zu berücksichtigen, ob die schuldhafte Verfehlung allein oder vorwiegend zu der Zerrüttung geführt hat, oder ob und in welchem Grade hierfür andere Gründe maßgebend gewesen sind. Allerdings kann eine bestehende Zerrüttung durch schuldhaftes Verhalten noch vertieft werden, insbes. auch erst dadurch den in § 55 Abs. 1 EheG. vorausgesetzten Grad erreichen, und auch dann wird ein ursächlicher Zusammenhang nicht zu verneinen sein. Ist aber eine Zerrüttung schon vorhanden, ehe die schuldhafte Verfehlung begangen wird, so ist besonderer Anlaß gegeben, die Einwirkung der Verfehlung auf die Zerrüttung zu prüfen und zu erwägen, wieweit die Zerrüttung nach vernünftigem Ermessen auf die Gründe zurückzuführen ist, die schon vorher wirksam gewesen waren, und wieweit auf die nachträglich hinzugekommene Verfehlung. Es kann hier nur derselbe Grundsatz gelten, der seinen Niederschlag in § 254 BGB. gefunden hat, wo es auch auf eine Abwägung gegenseitigen schuldhaften Verhaltens für die daraus zu ziehenden Folgen ankommt. Für § 55 EheG. ist nur noch besonders zu beachten, daß auch Ereignisse, die keine Schuld bedeuten, einen überwiegenden ursächlichen Zusammenhang einer schuldhaften Verfehlung des Kl. mit einer eingetretenen unheilbaren Zerrüttung in Frage stellen können. Ist also die Ehe zuerst durch vielleicht weniger grobe Verfehlungen der Bekl. oder auch durch Ereignisse erschüttert worden, die keine Schuld bedeuten, ist aber anzunehmen, daß die dann folgende schwerere Verschuldung erst auf diesem so vorbereiteten Boden erwachsen ist und erwachsen konnte, so ist der Einfluß der früheren Ereignisse auf die schuldhafte Verfehlung des Kl. und damit zugleich auf den hohen Grad der Zerrüttung nicht abzuleugnen und es ist dann nach vernünftigem Ermessen zu beurteilen, ob für die Entwicklung der Ehe die früheren Ereignisse trotz geringerer in ihnen liegender Schuld größere Bedeutung zu bean-

spruchen haben als die gröberen späteren Verfehlungen des Kl. Dabei dürfen allerdings die durch die Ehe auferlegten sittlichen Verpflichtungen zu Selbstzucht und Nachsicht nicht übersehen werden. Gegebenenfalls könnte aber von einer überwiegenden Bedeutung des schuldhaften Verhaltens des Kl. nicht mehr die Rede sein.

Der festgestellte Sachverhalt gibt jedoch keinen Anlaß zu Zweifeln, daß eine überwiegende Schuld des Kl. im erörterten Sinne vorliegt. Selbst wenn es richtig wäre, daß die Bekl. beim ersten Wiedersehen nach der Gefangenschaft des Kl. liebevoller hätte sein sollen, selbst wenn sie auch noch nach dem Kriege an einer Geselligkeit im alten Sinne Gefallen gezeigt, wenn sie die Zeitwende nicht gleich voll erfaßt, wenn sie die Berufstätigkeit ihres Mannes nicht in dem von ihm gewünschten Sinne für ihre Person unterstützt haben sollte — um das Wichtigste zu nennen, was die Bekl. aber größten Teils bestritten hat —, so fehlt es doch bei diesen Behauptungen des Kl. an ausreichenden Einzelheiten, die erkennen ließen, daß der Kl. so tief hätte enttäuscht sein können, daß seine Abkehr von seiner Ehefrau hierdurch genügend erklärt werden könnte.

Unter diesen Umständen fehlt es auch an einer ausreichenden Unterlage, um auch die Bekl. für schuldig zu befinden, falls ein solcher Schuldspruch bei einer Scheidung auf Grund des § 55 EheG. durch § 61 Abs. 2 EheG. zugelassen wäre. Diese Rechtsfrage bedarf daher keiner Erörterung.

Mit Recht hat das BG. aber auch die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 S. 2 EheG. für gegeben erachtet.

Die Rev. weist demgegenüber darauf hin, die Bekl. habe sich in den langen Jahren, seitdem der Kl. das Verhältnis zur Witwe S. eingegangen sei, tadellos geführt, sie sei verstoßen worden; der Kl. habe sich ohne berechtigten Grund von ihr ab- und der anderen Frau zugewendet; sie werde nun in ihrem höheren Alter — sie ist etwa 54 Jahre alt — der Sorge preisgegeben, nachdem sie ihr Leben dem Kl. gewidmet und ihm auch einen Sohn geboren habe. Die traurige Lage der Bekl. und die schwere Schuld des Kl. ist in der Tat nicht zu verkennen. Auch im Schrifttum ist von beachtlicher Stelle die Forderung erhoben worden, bei einwandfreier Haltung der verklagten Partei, ernsthafter Gefährdung ihrer Existenz, im Interesse ehelicher Kinder und angesichts vorgerückten Alters der Eheleute könne eine Scheidung nicht gutgeheißen werden. In gleichem Sinne ist in der amtlichen Begründung zum EheG. (DJ. 1938, 1102 [1109]) ausgeführt worden, einem Ehegatten dürfe nicht der Weg eröffnet werden, durch schwere Eheverfehlung die Zerrüttung herbeizuführen, um dann nach dreijähriger Trennung die Scheidung zu begehren; ein Ehemann dürfe nicht seine Frau verstoßen, weil er eine jüngere und reizvollere gefunden habe und mit dieser vereinigt zu sein wünsche. So sehr diese Auffassung von den Pflichten eines Ehegatten anzuerkennen ist, kann der daraus gezogenen Folgerung doch nicht ohne Einschränkung zugestimmt werden, weil die schweren sittlichen und einer gesunden Volkserhaltung abträglichen Schäden dabei nicht berücksichtigt sind, die sich aus einer Aufrechterhaltung inhaltlos gewordener Ehen ergeben. Gerade solchen Zuständen zerbrochener Ehen sollte durch das EheG. begegnet werden und nach dieser Zielsetzung müssen seine Vorschriften daher auch beurteilt werden. Es darf also nicht allein auf die Pflichten der Eheleute und auf die für die Familie eintretenden Folgen abgestellt werden, sondern es müssen auch die sittlichen Belange des gesamten Volks in entscheidendem Maße berücksichtigt werden.

Ist eine Ehe unheilbar zerrüttet — und das ist die Voraussetzung des § 55 EheG. —, ist also mit einer Wiedervereinigung der Eheleute nicht mehr zu rechnen, so wird, was die Kinder anbelangt, für ihre Gemüt- und Charakterbildung oft nur vorteilhaft sein, daß die Ehe auch geschieden und damit eine Quelle von Aufregungen und Streit verstopft wird, die ein kindliches Gemüt häufig mehr stört und vergiftet als der einmalige große Schmerz der endgültigen gerichtlichen Trennung der Eltern. In einem glücklichen Elternhause geborgen aufzuwachsen, bleibt ihnen in jedem Falle versagt. Im wesentlichen verdient daher nur noch die Sorge um eine gedeihliche körperliche Entwicklung und um die Schul- und Berufsausbildung Berücksichtigung, eine Sorge, deren Bedeutung oft zurücktreten wird, wenn nur ein einziges Kind zu betreuen ist. Für das Leben der Frau wird sich ein großer Unterschied auch kaum ergeben, ob nun die Ehe inhaltlos fortgeführt oder endgültig geschieden wird, wenn man von der geldlichen Seite zunächst absieht. Eine Lösung der Ehe kann auch ihr bei Einrichtung eines neuen Lebens nur förderlich sein. Sittlich nicht zu rechtfertigen wäre ihr Verlangen, nur um der Aufrechterhaltung ihrer bisherigen Lebensgrundlage willen den entfremdeten Mann dauernd an sich zu fesseln. Sinn des Gesetzes ist es auch nicht, einen schuldigen Ehegatten durch Festhalten an einer Scheinehe zu strafen. Es ist daher gerechtfertigt, dem schuldigen Ehegatten eine sein Leben vergällende dauernde Bindung trotz seiner Schuld zu ersparen und dem andern Teil zuzumuten, gegebenenfalls durch eigene Arbeit sich eine neue Lebensgrundlage zu schaffen, solange er dazu noch fähig ist. Das alles liegt im wohlverstandenen Interesse nicht nur der Eheleute selbst, sondern insbes. auch der Volksgesamtheit, der statt der inhaltlosen Ehe eine wertvolle neue Ehe des einen oder beider Gatten nur erwünscht sein kann. Staat und Volk haben außerdem ein dringendes Interesse, ein loses Zusammenleben ohne gesetzliche Bindung von Personen verschiedenen Geschlechts zu verhindern, wie es häufig als Folge zerstörter, nicht geschiedener Ehen entsteht, ungesunde Hemmungen zu beseitigen und dadurch Sitte und Anstand zu fördern. Im Streitfalle hat sich eine neue Lebensgemeinschaft nunmehr schon 17 Jahre lang bewährt. Von dem Pflichtgefühl des schuldigen Teils wird erwartet werden müssen, daß er seinerseits sich bemüht, unvermeidbare wirtschaftliche Härten zu mildern. Die Bestimmung des § 69 EheG. gibt die Möglichkeit, hier nach Billigkeit dem geschiedenen Ehegatten gerecht zu werden.

Anders zu beurteilen wird die Lage sein, wenn erst nach langer Ehe die Entfremdung der Eheleute in höherem Alter eintritt, wenn der schuldlose Gatte seine guten Jahre dem andern gewidmet hatte und er nun im Alter seine Lebensgrundlage verlieren soll. An einer neuen Ehe eines gealterten Menschen hat die Volksgemeinschaft ebensowenig Interesse, wenn der neue Lebensgefährte ebenfalls in höherem Alter steht, wie wenn der schon bejahrte schuldige Teil mit einem erheblich jüngeren Gatten eine den Naturgesetzen nicht entsprechende Verbindung eingehen will. In solchen Fällen wird es sittlich gerechtfertigt sein können, den schuldigen Teil an den durch die Ehe übernommenen Verpflichtungen festzuhalten. Diese Gedankengänge will sich auch die Rev. zunutze machen, sie verkennt jedoch dabei den entscheidenden Unterschied, der darin liegt, daß im Streitfalle die Entfremdung der Ehegatten schon im Jahre 1921 eingesetzt und seit dem Jahre 1922 ein ehelicher Verkehr nicht mehr stattgefunden hat, in einer Zeit, als beide Gatten noch auf der Höhe ihres Lebens standen, das vierzigste Lebensjahr noch nicht erreicht hatten. Damals gewährte das geltende Recht dem schuldigen Teil keine Möglichkeit, die Ehe zu lösen. Diese Lage mußte auch auf den Entschluß zu äußerlicher Trennung hemmend einwirken. Nach der heute gesetzlich anerkannten Auffassung von einer wahren Ehe wäre es richtig gewesen, wenn die Bekl. von dem ihr allein gewährten Recht zur Scheidung Gebrauch gemacht, den entfremdeten Kl. nicht an der hoffnungslos zerstörten Ehe festgehalten und sich und ihm einen neuen Lebensweg eröffnet hätte. Damals wäre es ihr bei ihrem Lebensalter noch leichter gefallen. Daß sie es nicht getan hat und nun allerdings in höheren Jahren einer schwierigeren Lage sich gegenübersieht, ist kein Grund, es bei dem

alten, nicht gerechtfertigten Zustande zu belassen und den Kl. nun auch für die Zukunft nicht mehr freizugeben. Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, daß sie alle ihre guten Jahre dem Kl. hat opfern müssen. Der Sohn ist erwachsen; er hat seinen Beruf; die Rücksicht auf ihn gebietet keine andere Beurteilung. Wie weit es für die Entscheidung über den Widerspruch beachtlich wäre, wenn eine Ehefrau Mutter mehrerer Kinder ist, insbes. dann, wenn ein Teil von ihnen noch unversorgt und unterhaltsbedürftig ist, ist hier nicht zu erörtern.

Auf das Maß einer Schuld der Bekl. kommt es nach den vorstehenden Ausführungen hier nicht mehr entscheidend an.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 13. Febr. 1939, IV 229/38.)

*

20. RG. — §§ 55, 49 EheG.

1. Da das EheG. eine dem § 1567 BGB. entsprechende Bestimmung nicht kennt, kann der klagende Ehegatte die Tatsachen, auf die er gegen den beklagten Ehegatten den Vorwurf ungerechtfertigten Getrenntlebens gründet, nur zur Grundlage eines Scheidungsbegehrens aus § 49 EheG. machen. Andererseits muß der Wegfall des § 1567 BGB. aber auch zur Folge haben, daß nunmehr das unberechtigte Fernbleiben des einen Ehegatten auch für sich allein die Grundlage für eine Scheidung aus dem Gesichtspunkt schuldhafter Ehezerrüttung bilden kann, während das früher grundsätzlich nicht der Fall war.

2. Zur Frage, wann der Widerspruch gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 EheG. beachtlich ist.

Über die vom Kl. gem. § 93 Abs. 1 EheG. in der RevInst. in erster Linie erhobene Scheidungsklage hat nach § 93 Abs. 2 EheG. der Senat selbst zu entscheiden, wenn das ohne Beweisaufnahme möglich ist. Das ist hier der Fall.

Auf § 49 EheG. kann der Kl. sein Scheidungsbegehren nicht stützen. Der Ansicht der RevBekl., daß nach § 93 Abs. 1 EheG. jetzt in der RevInst. der Kl. nicht mehr zur Scheidungsklage übergehen könne, soweit sie auf § 49 EheG. gestützt sei, weil der Kl. insoweit nicht solche neuen Tatsachen vorgebracht habe, die erst durch das EheG. erheblich geworden seien, kann der Senat allerdings nicht beitreten.

Wenn der Kl. bisher auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft klagte, so eröffnete er sich damit im Fall des Obsiegens auf Grund der Bestimmung des § 1567 BGB. möglicherweise mittelbar auch den Weg zur Ehescheidung. Da das EheG. eine dem § 1567 BGB. entsprechende Bestimmung nicht kennt, kann der Kl. die Tatsachen, auf die er gegen die Bekl. den Vorwurf ungerechtfertigten Getrenntlebens gründet, nur zur Grundlage eines Scheidungsbegehrens aus § 49 EheG. machen. Andererseits muß der Wegfall des § 1567 BGB. aber auch zur Folge haben, daß nunmehr das unberechtigte Fernbleiben des einen Ehegatten auch für sich allein die Grundlage für eine Scheidung aus dem Gesichtspunkt schuldhafter Ehezerrüttung bilden kann, während das früher — eben weil dem verlassenen Ehegatten gem. § 1567 BGB. der Weg über die Wiederherstellungsklage offenstand — grundsätzlich nicht der Fall war. Insofern sind hier die Tatsachen, auf die sich die bisherige Wiederherstellungsklage stützte, solche, die für die Scheidung erst durch das EheG. erheblich geworden sind. Ist sonach die Klage aus § 49 EheG. zulässig, so muß sie doch sachlich als unbegründet angesehen werden. Gem. § 616 ZPO., der durch das neue EheG. grundsätzlich nicht berührt worden ist (vgl. die Entsch. des Sen. RGZ. 158, 199), scheiden als selbständige Scheidungsgründe alle etwaigen Verfehlungen der Bekl. aus, die der Kl. in dem früheren Rechtsstreit zur Begründung seines damaligen — auf § 1568 BGB. gestützten — Scheidungsbegehrens geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können. Was aber der Kl. der Bekl. für die spätere Zeit vorwirft, erschöpft sich darin, daß sie unberechtigterweise seiner Aufforderung, sich entweder scheiden zu lassen oder zu ihm zurückzukehren, keine Folge leiste. In dieser Weigerung der Bekl. aber kann bei der gegebenen Sachlage keine Eheverfehlung gesehen werden, zumal wenn man berücksichtigt, daß auch beide Vorinstanzen die Verpflichtung der Bekl., schon jetzt die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen, verneint haben.

Aber auch aus § 55 EheG. ist die Scheidungsklage, deren Zulässigkeit insoweit nicht zweifelhaft sein kann, nicht begründet. Erfüllt ist die Voraussetzung dieser Bestimmung, daß die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben sein muß. Dabei genügt es, daß die Frist von drei Jahren zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung — in den Fällen des § 93 Abs. 2 S. 1 EheG. der Verhandlung vor dem RevG. — abgelaufen ist, so daß es nicht darauf ankommt, ob diese Voraussetzung schon bei Klageerhebung gegeben war.

Zweifelhaft aber ist schon, ob hier infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist. Der Kl. hat selbst im bisherigen Verlauf des Rechtsstreits auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft geklagt und behauptet, die Beziehungen zu Fräulein N. gänzlich gelöst zu haben und ein wahres eheliches Verhältnis zu der Bekl. wiederherstellen zu wollen. Er hat nun in der Verhandlung vor dem RevG. den Wiederherstellungsantrag auch noch, wenn auch nur als Hilfsantrag gestellt und selbst erklärt, daß es ihm vor allem auf eine Klärung der jetzt unhaltbaren Verhältnisse ankomme. Ob trotzdem eine unheilbare Zerrüttung der Ehe anzunehmen wäre, kann aber dahingestellt bleiben, da die Klage aus § 55 selbst dann unbegründet wäre, und zwar nach Abs. 2 des § 55. Der Bekl. steht jedenfalls grundsätzlich das Widerspruchsrecht aus Abs. 2 Satz 1 zu. Dem Urteil des KG. in dem Vorprozeß, auf das Bezug genommen wird, ist in vollem Umfang darin zu folgen, daß die etwaigen Verfehlungen der Bekl. jedenfalls nicht als schwer anzusehen sind und gegenüber den schweren Eheverfehlungen des Kl. nicht ins Gewicht fallen. Es ist deshalb festzustellen, daß der Kl. die Zerrüttung der Ehe ganz verschuldet hat. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob aus den Gründen des Satz 2 des § 55 Abs. 2 EheG. der Widerspruch der Bekl. nicht zu beachten ist. Bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des Verhaltens beider Parteien ergibt sich folgendes Bild: Die Ehe besteht zwar seit 26 Jahren, die Beziehungen der Ehegatten haben sich aber — wozu auch der Tod des Kindes und die folgende Unfruchtbarkeit der Bekl. beigetragen haben mögen — ersichtlich schon wenige Jahre nach der Eheschließung gelockert. Die Bekl. hat, als sie Scheidungsgründe gegen den Kl. hatte, nicht die Scheidungsklage erhoben, sich aber vom Kl. getrennt und ist auch seinem Verlangen auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht nachgekommen. Dabei mußte sie sich, wie die Dinge hier lagen, selbst darüber im klaren sein, daß sich eine mehr als nur äußerliche Verbindung mit dem Kl. in absehbarer Zeit nicht wiederherstellen lassen werde. Das muß gegen ein Widerspruchsrecht der Bekl. sprechen. Andererseits kann bei der Beurteilung ihres Verhaltens nicht außer acht gelassen werden, wie große persönliche Opfer sie dem Kl. schon gebracht hat, um der Ehe Bestand zu geben: Sie hat sich wiederholten Operationen zur Beseitigung ihrer Unfruchtbarkeit unterzogen, hat dem Kl. einen früheren Ehebruch (aus dem Jahre 1918) verziehen, hat sich sogar damit einverstanden erklärt, daß der Kl. mit einer anderen Frau ein Kind zeuge, und war willens, dies Kind dann zusammen mit dem Kl. an Kindes Statt anzunehmen. Endlich hat sie noch nach der Trennung vom Kl. im Jahre 1936 ihre Zustimmung dazu gegeben, daß der Kl. seinen etwa 30jährigen vorehelichen Sohn adoptierte. Weiter muß für die Frage, ob der Widerspruch zu be-

achten ist, die lange Dauer der Ehe, in der die Eheleute 23 Jahre zusammengelebt haben und erst 3 Jahre getrennt leben, und die Tatsache berücksichtigt werden, daß die Bekl. immerhin 48 Jahre alt ist und bei der Schwierigkeit, sich in diesem Alter eine selbständige Existenz zu schaffen, die Scheidung für sie — trotz der fortbestehenden Unterhaltspflicht des Kl. — eine ernste wirtschaftliche Gefährdung bedeuten würde. Trotzdem würden diese der Bekl. günstigen Gesichtspunkte nicht den Ausschlag geben dürfen, wenn besondere, bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe schwerer wiegende Umstände, etwa Gesichtspunkte bevölkerungspolitischer Art, das Scheidungsbegehren gerechtfertigt erscheinen ließen. Das ist aber nicht der Fall. Der Kl. ist 60 Jahre alt. Sollte er sich überhaupt wiederverheiraten, so erscheint — da kein Anhalt dafür vorliegt, daß er Fräulein N. heiraten will — als das Natürliche eine Ehe mit einer Frau reiferen Alters, aus der dann Kindersegen nicht zu erwarten sein dürfte. Eine Ehe eines Mannes dieses Alters mit einer viel jüngeren Frau ist aber vom bevölkerungspolitischen Standpunkt aus nicht so erwünscht, daß diese Möglichkeit entscheidend zugunsten der Scheidung ins Gewicht fallen könnte. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, daß nach der Persönlichkeit des Kl. auch für den Bestand einer solchen Ehe zu fürchten wäre. Es kann nicht unerwähnt bleiben, daß der Kl. im Vorprozeß, mehr als 3 Jahre nach dem nationalsozialistischen Umbruch, seine Eheanfechtung gerade auch damit begründet hat, daß die Großmutter seiner Frau ein uneheliches Kind und ein Großvater und ein Urgroßvater der Bekl. Fleischermeister gewesen sei, während er selbst aus traditionsbewußter Familie stamme.

Eine Scheidung nur zu dem Zweck, dem Kl. die „Freiheit" zu geben, läßt sich unter den erörterten Umständen nicht rechtfertigen. Der Widerspruch der Bekl. ist deshalb beachtlich.

Demgemäß ist die Scheidungsklage abzuweisen.

Bleibt sonach die Ehe bestehen und richtet der Kl. sein weiteres Verhalten danach in dem Sinne ein, daß er sich wieder entschließt, mit der Bekl. zusammenzuleben, so darf freilich die Bekl. ihre bisherige Haltung, sich dem Herstellungsverlangen zu versagen, auf die Dauer nicht mehr ohne besonderen Grund fortsetzen; sonst würde sie sich einer schweren Eheverfehlung schuldig machen und damit dem Kl. ohne weiteres Grund zur Ehescheidung geben.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 12. Jan. 1939, IV 171/38.) 〈= RGZ. 159, 111.〉

*

**** 21. RG. — §§ 59, 49 EheG.**

1. Unter den bisherigen § 1573 BGB. fielen nicht nur die durch Fristablauf ausgeschlossenen, sondern auch die verziehenen und die durch prozeßrechtliche Präklusion (§ 616 ZPO.) ausgeschlossenen Tatsachen; es entsprach daher auch der ständigen und einhelligen Rspr., daß alle diese Tatsachen zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage herangezogen werden konnten. An diesem Rechtszustand sollte aber durch § 59 Abs. 2 EheG. nichts geändert werden.

2. Es ist durchaus möglich, daß bei erhobener Scheidungs- und Scheidungswiderklage der in § 49 S. 2 EheG. vorgesehene Ausschluß des Scheidungsrechts nur auf einer Seite eintritt.

Die Parteien haben am 27. Jan. 1934 die Ehe geschlossen. Der letzte eheliche Verkehr der Parteien hat am 7. Nov. 1937 stattgefunden. Seit dem 11. Nov. 1937 leben die Parteien getrennt.

Die Kl. hat Ende Nov. 1937 Scheidungsklage erhoben, die in erster Linie auf einen Vorfall v. 10. Nov. 1937 gestützt wird, bei dem der Bekl. die Kl. mißhandelt und beschimpft habe; zur Unterstützung werden von der Kl. eine Reihe von früheren Eheverfehlungen des Bekl. herangezogen. Der Bekl. hat Widerklage auf Scheidung erhoben, die er damit begründet, daß die Kl. sich geweigert habe, Nachkommenschaft zu empfangen, ferner darauf, daß die Kl. es abgelehnt habe, im Geschäft des Bekl. regelmäßig mitzuarbeiten, daß sie ihn und seine Mutter beleidigt habe und daß sie Tanzlokale besucht habe.

Das LG. hat auf die von der Kl. erhobene Scheidungsklage die Ehe der Parteien aus Verschulden des Bekl. geschieden und die Scheidungswiderklage des Bekl. abgewiesen. Das OLG. hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Seine Revision war erfolglos.

1. Das BG. stellt fest, daß der Bekl. nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch schwere Eheverfehlungen die Ehe der Parteien schuldhaft so tief zerrüttet habe, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden könne (§ 49 Satz 1 EheG.). Die Kl., der der Bekl. wiederholt triftige Gründe zur Eifersucht gegeben habe, sei am 10. Nov. 1937 am Büro des Bekl. erschienen, sie habe den Eindruck gehabt, daß der Bekl. am Telephon soeben mit einer weiblichen Person eine Verabredung getroffen habe, worin sie durch einen im Branchebuch liegenden Zettel mit der Bleistiftnotiz „Mittwoch 8 Uhr" bestärkt worden sei. Als die Kl. das Buch zu sehen verlangte, habe der Bekl. das Buch mit dem Zettel weggeschlossen. Das BG. führt aus, daß der Bekl., wenn er ein reines Gewissen hatte, den Verdacht der Kl. hätte zerstreuen können und müssen. Statt dessen habe er die Kl., als sie ihm Vorhaltungen gemacht und dann ihren Vater habe antelephonieren wollen, mit Gewalt daran gehindert, habe sie am Arme gepackt und mit roher Gewalt aus dem Büro hinausbefördert, nachdem er zuvor den ihr vom Kopf gefallenen Hut aus dem Büro hinausgeschleudert habe.

Das BG. sieht in dem Verhalten des Bekl. am 10. Nov. 1937 eine schwere Eheverfehlung, die das Scheidungsbegehren der Kl. um so mehr begründe, als, wie das BG. weiter ausführt, noch eine Reihe von schweren Eheverfehlungen des Bekl. hinzukäme, die zwar vor dem letzten ehelichen Verkehr der Parteien am 7. Nov. 1937 lägen und deshalb nach § 56 EheG. allerdings als verziehen anzusehen seien, aber gem. § 59 Abs. 2 EheG. doch zur Unterstützung der Scheidungsklage herangezogen werden könnten. Die Rev. wendet ein, daß hier eine Verletzung des § 59 Abs. 2 vorliege, da nach dieser Vorschrift nur solche Eheverfehlungen, auf die wegen Fristablaufs (§ 57 EheG.) die Scheidungsklage nicht mehr begründet werden könne, nicht aber solche Eheverfehlungen, die verziehen seien, zur Unterstützung einer auf andere Eheverfehlungen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden könnten. Der Rev. ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 59 Abs. 2 EheG. zu Zweifeln Anlaß geben kann; wenn es dort heißt, daß Eheverfehlungen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, „nach Ablauf der Frist des § 57" unterstützend herangezogen werden können, so scheinen diese Worte dafür zu sprechen, daß die Vorschrift sich nur auf die Fälle des Ausschlusses des Scheidungsrechtes wegen Fristablaufs beziehen soll. Daß dies jedoch nicht der Sinn der Vorschrift des § 59 Abs. 2 sein soll, ergibt sich mit Sicherheit aus der amtlichen Begründung, wo gesagt wird, daß im § 59 die nachträgliche Geltendmachung von Scheidungsgründen entsprechend den bisherigen Bestimmungen in den §§ 1572, 1573 BGB. geregelt worden sei. Daß unter den bisherigen § 1573 BGB. nicht nur die durch Fristablauf ausgeschlossenen, sondern auch die verziehenen und die durch prozeßrechtliche Präklusion (§ 616 ZPO.) ausgeschlossenen Tatsachen fielen, konnte nach dem Wortlaut dieses Paragraphen einem Zweifel nicht unterliegen; es entsprach daher auch der ständigen und einhelligen Rechtsprechung, daß alle diese Tatsachen zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage herangezogen werden konnten. An diesem Rechtszustand sollte aber durch § 59 Abs. 2 EheG., wie die amtliche Be-

gründung zeigt, nichts geändert werden. Daß die Fälle des Fristablaufs, der Verjährung und der prozeßrechtlichen Präklusion bei sinngemäßer Auslegung des § 59 Abs. 2 einander gleichgestellt werden müssen, ergibt sich auch aus dem folgenden § 60 EheG.; nach Abs. 3 Satz 2 dieses Paragraphen ist die Mitschuld des Kl. auf Antrag des Bekl. auch dann auszusprechen, wenn der Bekl. das Recht, Scheidung zu verlangen, aus irgendeinem Grund, sei es wegen Fristablaufs oder wegen Verzeihung oder gem. § 616 ZPO., bereits verloren hatte. Der Gedanke, diesen gleichartigen Fällen des Verlustes des Scheidungsrechts eine verschiedene Behandlung zuteil werden zu lassen, wenn es sich um die Frage der Mitschulderklärung und wenn es sich um die Frage der unterstützenden Heranziehung handelt, ist wegen seiner Inkonsequenz von der Hand zu weisen. Daß die Rechtsanwendung sich hier über die ungenaue Fassung des § 59 Abs. 2 EheG. hinwegsetzen muß, ist auch die im Schrifttum zu dem neuen EheG. vertretene Auffassung (Rexroth: JW. 1938, 2089; Sautter: JW. 1938, 3211).

Das BG. stellt die einzelnen unterstützenden Verfehlungen fest, deren sich der Bekl. vor dem 7. Nov. 1937, dem Tag des letzten ehelichen Verkehrs der Parteien, schuldig gemacht hat. (Wird ausgeführt.)

Die Entscheidung des BG., durch die der von der Kl. erhobenen Scheidungsklage stattgegeben wird, erweist sich sohin als frei von Rechtsirrtum.

2. Die vom Bekl. erhobene Scheidungswiderklage war auf § 48 und auf § 49 EheG. gestützt.

Das BG. gelangt hinsichtlich der Scheidungswiderklage des Bekl. zu dem Ergebnis, daß, auch zusammengefaßt, eine schwere Eheverfehlung der Kl. i. S. des § 49 Satz 1 EheG. nicht festzustellen sei. (Wird ausgeführt.) Der Bekl. würde aber, so fügt das BG. hilfsweise noch hinzu, auch nach § 49 Satz 2 EheG. wegen etwaiger Eheverfehlungen der Kl. die Scheidung nicht begehren können, weil nach der Art seiner eigenen Verfehlungen, insbes. wegen des Zusammenhangs der von ihm behaupteten Verfehlungen sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt sein würde. Die Rev. erhebt gegen diese Hilfsbegründung die Rüge, das BG. habe hier den § 49 Satz 2 verletzt; das BG. könne nicht etwaige Eheverfehlungen der Kl. mit Rücksicht auf die eigenen Eheverfehlungen des Bekl. für unerheblich erklären, ohne gleichzeitig auch die Eheverfehlungen des Bekl. wegen der etwaigen Eheverfehlungen der Kl. als unerheblich zu betrachten. Diese Revisionsrüge ist unbegründet. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß bei erhobener Scheidungs- und Scheidungswiderklage der in § 49 Satz 2 vorgesehene Ausschluß des Scheidungsrechtes nur auf einer Seite eintritt. Die in § 49 Satz 2 vorgesehene Abwägung der beiderseitigen Verfehlungen nach ihrer Art, Schwere und Ursächlichkeit wird in vielen Fällen dazu führen, daß der Scheidungsanspruch der einen Seite zu bejahen, der der anderen Seite aber zu verneinen ist.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 26. Jan. 1939, IV 212/38.)

*

22. KG. — § 81 EheG.

1. Ist die Ehe erst nach Inkrafttreten des EheG. rechtskräftig geschieden, so steht die Personensorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung bis zur Entscheidung des VormGer. gemäß § 81 EheG. dem Elternteil, der sie bis dahin hatte, auch weiterhin zu. Ergibt dieser Zustand eine erhebliche Gefährdung des Kindes, so ist das VormGer. jederzeit befugt, durch eine vorläufige Anordnung Abweichendes zu bestimmen.

2. Hat das VormGer. durch eine vorläufige Anordnung die Personensorge einem Elternteil übertragen, so ist das BeschwG., wenn es zu einer anderen Auffassung kommt, nicht darauf beschränkt, diese Anordnung aufzuheben, sondern kann sogleich von sich aus durch eine vorläufige Anordnung die Personensorge dem anderen Elternteil zusprechen.

Aus der Ehe des Hermann J. mit Frau Gertrud J. ist die 1938 geborene Ingeborg hervorgegangen. Die Ehe der Eltern ist durch Urteil v. 17. Juni 1938, das am 26. Aug. 1938 rechtskräftig geworden ist, wegen Alleinverschuldens der Ehefrau geschieden.

Die Mutter hat beantragt, ihr das Sorgerecht zu übertragen und mit Rücksicht darauf, daß der Vater das Kind wegholen wolle, im Wege einer vorläufigen Anordnung zu bestimmen, daß ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht zustehe. Das AG. hat im Wege einer vorläufigen Anordnung bestimmt, daß das Kind bis zum Schluß des Jahres 1938 bei der Mutter zu verbleiben habe. Auf die Beschwerde des Vaters hat das LG. den angefochtenen Beschluß dahin abgeändert, daß das Recht der Sorge für die Person des Kindes im Wege einer einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung darüber, welchem Elternteil das Sorgerecht für das Kind zustehen soll, dem Vater übertragen wird.

Die weitere Beschwerde der Mutter ist begründet.

Allerdings kann die Mutter mit der weiteren Beschwerde noch nicht die endgültige Übertragung des Sorgerechts erreichen, da das AG. hierüber noch nicht befunden hat, zunächst vielmehr nur vorläufige Anordnungen der Vorinstanzen über das Sorgerecht ergangen sind.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn das LG. sich für berechtigt gehalten hat, eine vom Beschluß des VormGer. abweichende vorläufige Anordnung zu treffen. Die Tatsache, daß das VormGer. durch eine vorläufige Anordnung die Personensorge dem einen Elternteil übertragen hat, hinderte das BeschwG. nicht, unter Aufhebung dieser Anordnung durch eine vorläufige Anordnung das Sorgerecht sogleich dem anderen Elternteil zu übertragen. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war nicht etwa nur die vorläufige Anordnung, wie sie das VormGer. beschlossen hat. Vielmehr war Gegenstand des Beschwerdeverfahrens der Streit um die Gefährdung des Kindes. Das BeschwG. konnte daher, wenn es über die Frage der Gefährdung anderer Ansicht war, auch eine umgekehrte vorläufige Anordnung treffen.

Der rechtliche Ausgangspunkt des LG. ist nun aber insofern nicht frei von Bedenken, als es annimmt, daß nach den neuen Bestimmungen über die Personensorge für Kinder aus geschiedenen Ehen (§ 81 EheG.) in jedem Fall, in welchem der Vormundschaftsrichter nicht sogleich endgültig über die Personensorge entscheiden könne, eine vorläufige Anordnung geboten sei.

Bis zur Scheidung hat die elterliche Gewalt und damit das Personensorgerecht einschließlich der gesetzlichen Vertretung dem Vater zugestanden (§§ 1627, 1630 Abs. 1, §§ 1631, 1632 BGB.). Hierin hat sich aber auch durch die rechtskräftige Scheidung der Eltern nichts geändert. Es kommt dabei nicht darauf an, daß die Ehefrau für allein schuldig erklärt worden ist. Vielmehr verbleibt nach neuem Recht (§ 81 EheG.) dem Vater ohne Rücksicht auf die Entscheidung über die Schuldfrage im Ehestreit zunächst das Personensorgerecht einschließlich der gesetzlichen Vertretung weiter. Die Bestimmung des § 1627 BGB., die dem Vater die elterliche Gewalt und damit auch die Personensorge zuweist, enthält keine Beschränkung dahin, daß sie nur für die Dauer der Ehe gilt. Demgemäß verbleibt dem Vater die elterliche Gewalt in vollem Umfange auch nach dem Tode der Ehefrau. Ferner bleibt demgemäß die elterliche Gewalt des Vaters durch eine Scheidung der Ehe stets insofern unberührt, als es sich um die Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten und um die Sorge und die Vertretung des Kindes in seinen vermögensrechtlichen Angelegenheiten handelt. Das alte Recht hat nun freilich im § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. Bestimmungen getroffen, durch die dem an der Scheidung für allein schuldig erklärten Vater das Personensorgerecht ausschließlich der gesetzlichen Vertretung für alle Kinder und dem für mitschuldig erklärten Vater das Personensorgerecht ausschließlich der gesetzlichen Vertretung für einen Sohn unter 6 Jahren und für eine Tochter zugunsten der Mutter genommen wird. Im Gegensatz zum alten Recht knüpft aber § 81 EheG. an die Tatsache der Schuld oder Mitschuld des Vaters an der Scheidung keine von Gesetzes wegen eintretenden Rechtsfolgen für das Personensorgerecht an. Die Schuldfrage ist jetzt vielmehr nur noch einer von mehreren Umständen, die der Vormundschaftsrichter bei seiner Entscheidung über die Zuteilung der Personensorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung gem. § 81 Abs. 3 EheG. zu beachten hat. Mangels eines Beendigungsgrundes

für die Personensorge verbleibt daher nach neuem Recht zunächst alles beim alten, steht also auch dem als schuldig erklärten Vater weiter die Personensorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung für die Kinder zu. Ein Schwebezustand, der jedesmal zu einem Einschreiten des VormGer. im Wege einer vorläufigen Anordnung führen könnte, ist entgegen der Annahme des LG. nicht vorhanden. Mit Rücksicht auf diese Rechtslage besteht aber in der Regel auch kein schutzwürdiges Interesse des Kindes daran, daß dem geschiedenen Vater die Personensorge durch eine vorläufige Anordnung übertragen wird. Ein Vater kann vielmehr nach wie vor von der Mutter die Herausgabe des Kindes auf Grund des § 1632 BGB. durchsetzen. Da eine vorläufige Anordnung über die Personensorge auch keinen Vollstreckungstitel für die Herausgabe darstellt, vielmehr der Vater notfalls trotz Erlasses einer solchen Anordnung die Herausgabe im Wege der Klage verlangen müßte, würde dem Vater durch eine solche Anordnung auch in der Regel nichts gegeben werden, was er nicht schon hat. Eine vorläufige Anordnung kommt daher nur in Frage, wenn durch den Zustand, der auf Grund neuen Rechts nach erfolgter rechtskräftiger Scheidung besteht, das Wohl des Kindes bei einem Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung gem. § 81 EheG. erheblich gefährdet wird. In diesem Fall ist das VormGer. wie bisher jederzeit befugt und verpflichtet, die erhebliche Gefährdung des Kindes durch eine vorläufige Anordnung abzuwenden.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 10. Febr. 1939, 1 a Wx 33/39.)

Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens

23. KG. — § 8 VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 (RGBl. I, 1709); § 878 BGB. Der § 8 VO. v. 3. Dez. 1938 über den Einsatz des jüdischen Vermögens, wonach die Verfügung über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch Juden zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die zuständige Behörde bedarf, schließt die Anwendung des § 878 BGB. aus. Mithin kommt § 8 Abs. 1 Satz 1 VO. immer dann zur Anwendung, wenn nicht der endgültige Rechtserwerb durch Eintragung im Grundbuch bereits vor dem 5. Dez. 1938 vollendet war.

Mit notarisch beurkundetem Kaufvertrag v. 25. April 1938 verkaufte der Kaufmann Josef Sch., der Jude ist, das auf seinen Namen im Grundbuch eingetragene Grundstück an den Schmied Gustav B. und ließ es ihm auf. Mit Schriftsatz v. 2. Dez. 1938, der am 3. Dez. 1938 beim GBA. eingegangen ist, bat der Notar, nunmehr dem gestellten Antrage stattzugeben. Der Käufer B. wurde alsdann am 19. Dez. 1938 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Am 20. Dez. 1938 wurde vom GBA. ein Amtswiderspruch gegen die Eintragung des Eigentums des Schmiedes Gustav B. zugunsten des Kaufmanns Josef Sch. eingetragen, der sich darauf gründet, daß die Eintragung ohne die Genehmigung nach § 8 der VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 erfolgt sei. Gegen die Eintragung dieses Widerspruchs legte B. Beschwerde ein mit dem Antrage, die Eintragung von Amts wegen zu löschen. Er wies darauf hin, daß die VO. v. 3. Dez. 1938 erst am 5. Dez. 1938 in Kraft getreten und die Eintragung seines Eigentums daher gem. § 878 BGB. zu Recht erfolgt sei. Beschwerde und weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

§ 8 Abs. 1 Satz 1 der VO. v. 3. Dez. 1938 bestimmt, daß die Verfügung über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch Juden der Genehmigung der zuständigen Behörde bedarf. Diese Verfügungsbeschränkung, die im öffentlichen Interesse erlassen ist, ist absoluter Natur, d. h. sie wirkt gegen jedermann. Gleichwohl ergibt sich aus ihrer Eigenschaft als einer absoluten Verfügungsbeschränkung allein noch nicht, daß der § 878 BGB., dessen formelle Voraussetzungen hier an sich vorliegen, nicht zur Anwendung kommt. Von dem § 878 BGB. werden an sich Verfügungsbeschränkungen jeder Art getroffen, einerlei ob sie nur den Schutz bestimmter Personen betreffen und daher nur zu deren Gunsten wirken (§§ 135, 136 BGB.) oder ob sie im öffentlichen Interesse gegeben sind und unbedingt wirken (§ 134 BGB.). Es fallen also unter § 878 BGB. an sich auch die absoluten, d. h. gegen jedermann wirkenden Verfügungsbeschränkungen (zu vgl. JFG. 17, 164 = JW. 1938, 1254; s. ferner JFG. 9, 182; RGZ. 113, 409 = JW. 1926, 2621[6]; RGRKomm. § 878 Anm. 3). Aus der Eigenschaft einer Verfügungsbeschränkung als einer absoluten kann also nicht ohne weiteres, wie das LG. meint, geschlossen werden, daß der § 878 BGB. keine Anwendung findet.

Auch der Hinweis auf § 31 Abs. 1 EHRV kann die Ansicht des LG. nicht stützen, weil hier durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung der § 878 ausgeschaltet ist. Diese Bestimmung stellt zum Schutze der Erhaltung des bäuerlichen Besitzes im allgemeinen Interesse klar, daß das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 37 REG ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers eines Erbhofes eine Eigenschaft des Erbhofes selbst ist und die Rechtslage des von dem Verbot betroffenen Gegenstandes verändert und damit in seiner Wirkung über eine auf die Person des Eigentümers abgestellte Verfügungsbeschränkung hinausgeht (JFG. 12, 334; Vogels: REG[4] § 37 Anm. 194).

Ist danach die Begründung des LG. auch nicht zutreffend, so ist dem Ergebnis, zu dem das LG. kommt, doch beizupflichten. Die Nichtanwendbarkeit des § 878 BGB. auf den vorl. Fall ergibt sich aus dem Geist und Zweck der VO. v. 3. Dez. 1938, wie ihn Entstehungsgeschichte und Inhalt der VO. erkennen lassen.

Zurückzugehen ist auf die VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden v. 26. April 1938 (RGBl. I, 414), die der Beauftragte für den Vierjahresplan und der Reichsinnenminister erlassen haben. Nach § 7 dieser VO. kann der Beauftragte für den Vierjahresplan die Maßnahmen treffen, die notwendig sind, um den Einsatz des anmeldepflichtigen Vermögens im Einklang mit den Belangen der deutschen Wirtschaft sicherzustellen. Auf Grund des § 7 dieser VO. ist am 24. Nov. 1938 vom Beauftragten für den Vierjahresplan eine Zweite Anordnung erlassen worden (RGBl. I, 1668), deren § 1 lautet: „Die Maßnahmen, die notwendig sind, um den Einsatz des anmeldepflichtigen Vermögens im Einklang mit den Belangen der deutschen Wirtschaft sicherzustellen, werden vom Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern und den übrigen beteiligten Reichsministern getroffen." Auf Grund des soeben angeführten § 1 ist sodann, wie sich aus der Einführung der VO. v. 3. Dez. 1938 vor § 1 ergibt, im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern die VO. vom 3. Dez. 1938 erlassen worden, die vom Reichswirtschaftsminister und vom Reichsminister des Innern unterzeichnet ist.

Die VO., die in der Überschrift als „Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens" bezeichnet wird, ordnet eine Reihe von Maßnahmen an, die dazu dienen sollen, das jüdische Vermögen sicherzustellen und zu erfassen. So geben die §§ 1 und 6 die Möglichkeit, den Juden aufzugeben, Gewerbebetriebe, Grundbesitz und sonstiges Vermögen binnen bestimmter Frist zu veräußern. In § 8 wird eine Genehmigungspflicht zur Verfügung u. a. über Grundstücke festgesetzt. Die Genehmigung kann nach § 15 Abs. 1 unter Auflagen erteilt werden, die auch in Geldleistungen des Erwerbers zugunsten des Reiches bestehen können. Nach § 15 Abs. 2 kann die Genehmigung auch mit der Maßgabe erteilt werden, daß dem jüdischen Veräußerer an Stelle des ganzen oder eines Teiles des im Veräußerungsvertrag vorgesehenen Entgelts Schuldverschreibungen des Deutschen Reiches zugeteilt oder Schuldbuchforderungen in das Reichsschuldbuch eingetragen werden.

Entstehungsgeschichte und Inhalt der VO. lassen keinen Zweifel daran, daß über eine Verfügungsbeschränkung i. S. des § 878 BGB. hinaus der Juden gehörige Grundbesitz, um dessen Einsatz sicherzustellen, derart erfaßt werden sollte, daß aller Grundbesitz, als dessen Eigentümer noch am Tage des Inkrafttretens der VO. Juden im Grundbuch eingetragen waren, betroffen werden sollte. Die VO. beschränkt sich nicht auf eine Verfügungsbehinderung des Grundstückseigentümers, wie sie für § 878 in Frage kommt, sondern ihre Maßnahmen wollen erkennbar darüber hinaus allen jüdischen Grundbesitz sichern und i. S. des § 7 der AnmeldungsVO. v. 26. April 1938 als Einsatz erfassen. Die Maßnahmen der VO. lassen erkennen, daß eine Sicherstellung i. S. einer sichernden Beschlagnahmemaßregel durchgeführt werden sollte, und zwar auch, wie der § 15 der VO. ergibt zu dem Zwecke, um zugunsten des Reichs und somit im allgemeinen Interesse ganz oder teilweise Hand auf den Grundbesitz und dessen etwaiges Veräußerungsentgelt legen zu können. Es ist nach dem Geist der VO. nicht denk-

bar, daß der staatspolitische Zweck der VO. zum Teil durch § 878 BGB., der frühere private Abmachungen begünstigt, vereitelt werden könnte. Die VO., die offensichtlich schlagartig einsetzen sollte, kann nach allem nur, wie geschehen, ausgelegt werden, zumal sie nur dann vollen Erfolg haben kann, wenn durch sie der § 878 BGB. ausgeschaltet wird. Mithin kommt § 8 Abs. 1 Satz 1 der VO. immer dann zur Anwendung, wenn nicht der endgültige Rechtserwerb durch Eintragung im Grundbuch bereits vor dem 5. Dez. 1938 vollendet war.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. Jan. 1939, 1 Wx 25/39.) [Y.]

*

24. LG. — §§ 7, 8 VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 (RGBl. I, 1709). Eine Schenkung, die vor dem Inkrafttreten der VO. über den Einsatz jüdischen Vermögens notariell beurkundet worden ist, ist genehmigungspflichtig, wenn der Antrag auf Eintragung beim GBA. erst nach dem Inkrafttreten der VO. v. 3. Dez. 1938 gestellt worden ist.

Durch notariellen Vertrag v. 15. Aug. 1938 hat der Werftbesitzer B. seiner Ehefrau drei Grundstücke geschenkt; die Ehefrau hat die Schenkung angenommen. Nach Erklärung der Auflassung haben beide Ehegatten die Umschreibung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Der Ehemann ist Jude, die Ehefrau hat Urkunden vorgelegt zum Nachweis, daß sie nicht Jüdin ist.

Der Antrag auf Eintragung der Eigentumsveränderungen in den Grundbüchern ist am 20. Jan. 1939 beim GBA. eingereicht worden. Dieses hat eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO. erlassen, in der nach der VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 eine Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde gefordert wurde.

Gegen den Beschluß des AG. hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Der Standpunkt des AG. sei unzutreffend. Der Wortlaut der VO. stehe ihm entgegen. Wenn der Gesetzgeber die Verfügung eines Berechtigten über ein Grundstück für genehmigungsbedürftig erkläre, so sei davon auszugehen, daß er mit diesem Begriff diejenige Bedeutung verbinde, die ihm in der Gesetzessprache allgemein beigelegt werde. Die Umschreibung des Grundstücks sei keine Verfügung des Berechtigten; sie sei eine obrigkeitliche Handlung. Aus der Wortfassung des § 8 der VO. sei auch zu entnehmen, daß die Ansicht des GBA. nicht zutreffe.

Die Beschwerde ist zulässig nach § 72 GBO. Sie ist auch ordnungsmäßig eingelegt worden. Sachlich ist sie jedoch nicht begründet.

Die VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 3. Dez. 1938 stellt eine Maßnahme des Gesetzgebers zur Entjudung des deutschen Wirtschaftslebens dar. Sie beruht auf der Zweiten Anordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan und ist nur im Zusammenhang mit den bisher ergangenen gesetzlichen Anordnungen zur Erfassung des jüdischen Vermögens zu verstehen. Durch die VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden v. 26. April 1938 (RGBl. I, 414) ist eine Verpflichtung der Juden, ihr gesamtes in- und ausländisches Vermögen nach dem Stande vom Tage nach dem Inkrafttreten der VO. anzumelden und zu bewerten, festgelegt worden. Diese VO. sieht in § 7 vor, daß der Beauftragte für den Vierjahresplan Maßnahmen treffen kann, die notwendig sind, um den Einsatz des anmeldepflichtigen Vermögens im Einklang mit den Belangen der deutschen Wirtschaft sicherzustellen. Durch diese Bestimmung ist dem Beauftragten für den Vierjahresplan die Ermächtigung gegeben, sowohl zu verhindern, daß die wirtschaftlichen Kräfte der Juden in Deutschland in einer Weise tätig werden, die den Zielen des Vierjahresplans entgegenläuft, und andererseits auch die Ermächtigung, den positiven Einsatz des jüdischen Vermögens für die Zwecke des Vierjahresplans durchzuführen. Auf Grund dieser Ermächtigung ist unter dem 26. April 1938 die Anordnung auf Grund der VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden ergangen. In dieser Anordnung wird insbes. bestimmt, daß die Veräußerung oder die Verpachtung eines gewerblichen, land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes sowie die Bestellung eines Nießbrauchs an einem solchen Betrieb zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung bedarf, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Jude als Vertragschließender beteiligt ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für das dingliche Geschäft, sondern auch für die Verpflichtung zur Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts. Unter dem 18. Juni 1938 (RGBl. I, 640) ist die VO. zur Durchführung der VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden ergangen. Unter dem 24. Nov. 1938 (RGBl. I, 1668) hat der Beauftragte für den Vierjahresplan die Zweite Anordnung auf Grund der VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden erlassen. In dieser heißt es:

„Die Maßnahmen, die notwendig sind, um den Einsatz des anmeldepflichtigen Vermögens im Einklang mit den Belangen der deutschen Wirtschaft sicherzustellen, werden vom Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern und den übrigen beteiligten Reichsministern getroffen."

Auf Grund dieser Anordnung ist am 3. Dez. 1938 die VO. über den Einsatz des jüdischen Vermögens erlassen worden (RGBl. I, 1709). In dem Art. II § 7 dieser VO. wird bestimmt, daß Juden Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Rechte an Grundstücken nicht durch Rechtsgeschäft erwerben können. In § 8 wird angeordnet, daß die Verfügung über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch Juden in ihrer Wirksamkeit der Genehmigung bedarf. In § 8 Abs. 2 wird bestimmt, daß die Genehmigungspflicht auch für das Verpflichtungsgeschäft besteht. Weiter werden die Vorschriften des § 1 Abs. 2 und des § 2 der Anordnung auf Grund der VO. über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938 für entsprechend anwendbar erklärt. Im letzten Absatz des § 8 wird bestimmt, daß bei der Veräußerung eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung das Gebot der Genehmigung bedarf; ein Gebot, für das die erforderliche Genehmigung nicht sofort nachgewiesen wird, ist zurückzuweisen.

Aus dieser Darstellung der Aufeinanderfolge der gesetzlichen Bestimmungen zur Regelung der Stellung der Juden im Wirtschaftsleben, insbes. bei Grundstücken, ist zu entnehmen, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen ist, sich auf jeden Fall den bestimmenden Einfluß bei jeder Veräußerung und Rechtsänderung an Grundstücken oder an Rechten an Grundstücken, die Juden zustehen oder an denen Juden beteiligt sind, zu sichern. Mit dieser Auffassung steht auch der Durchführungserlaß des Reichswirtschaftsministers über den Einsatz des jüdischen Vermögens v. 6. Febr. 1939 (MinBl. des Reichs- u. Preuß. Ministeriums des Innern 1939, 266) im Einklang. In diesem Erlaß wird ausgeführt:

III. 2. Genehmigungspflichtig nach § 8 der VO. vom 3. Dez. 1938 ist jede Verfügung über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch Juden, die bei Inkrafttreten der Verordnung (5. Dez. 1938) noch nicht endgültig abgeschlossen war. Dies hat in jedem Falle zu gelten, in dem die betreffende Rechtsänderung am Tage des Inkrafttretens der Verordnung (5. Dez. 1938) noch nicht im Grundbuch eingetragen war.

Danach kann der Auffassung der BeschwF. nicht beigetreten werden. Es kommt nicht entscheidend darauf an, wann die Vertragsparteien die Vereinbarungen getroffen haben, sondern es ist entscheidend, wann das Rechtsgeschäft endgültig abgeschlossen war. Dies ist jedoch erst durch die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch der Fall. Da diese bis zu dem Inkrafttreten der VO. v. 3. Dez. 1938 nicht erfolgt war, ist die Genehmigung erforderlich.

(LG. Hamburg, 1. ZK., Beschl. v. 22. Febr. 1939, 1 T 81/39.)

Zivilprozeßordnung

25. KG. — § 91 ZPO. Für Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten im Prozeß bedarf es regelmäßig genauer Substantiierung und Beifügung einer Erläuterung des Detektives über die Art der Durchführung seines Auftrags.

Auf die Widerklage der Bekl. ist die Ehe der Parteien aus Schuld des Kl. geschieden worden. Der UrkB. hat antragsgemäß die von der Bekl. aufgewendeten Detektivkosten für die Beobachtung des Kl. während des Rechtsstreits in Höhe von insgesamt 296,40 *RM* gegen den Kl. festgesetzt. Dessen Erinnerung ist zurückgewiesen worden. Die Beschwerde konnte nur in geringem Umfange Erfolg haben.

Detektivkosten in Eheprozessen können — als Kosten für Hilfsmaßnahmen zur Durchführung des Prozesses — zu den Rechtsstreitkosten zählen und in angemessenen Grenzen

auch erstattungsfähig sein (Entsch. des Senats v. 26. Okt. 1935 bei Gaedeke, „KostRspr." 1938 Nr. 453).

Gegen die Notwendigkeit einer Detektivbeobachtung des Kl. im Auftrage der Bekl. bestehen im vorl. Falle auch keine Bedenken. Der Kl. hatte nicht nur den Vorwurf ehewidriger und ehebrecherischer Beziehungen zu Käthe S. abgestritten, sondern darüber hinaus diesen Vorwurf sogar als „völlig leichtfertig und grundlos aufgestellt" bezeichnet und sein Scheidungsbegehren auch darauf gestützt. Es ist also selbstverständlich, daß, wenn die Beobachtung durch einen Detektiv ihn ehewidriger Beziehungen zu der Genannten überführte und damit auch seine Verteidigung zugleich wie seine Scheidungsbegründung insoweit als wissentlich unwahr widerlegte, die zum Zwecke der Überführung des Kl. unmittelbar aufgewendeten Kosten von ihm als dem unterliegenden Teil auch getragen werden müssen. Damit wird ihm naturgemäß nicht das Recht genommen, eine Substantiierung dieser Kosten soweit zu verlangen, wie sie in derartigen Fällen möglich ist. Denn wenn auch die Rspr. des Senats dem praktischen Bedürfnis, wie es gerade in Eheprozessen erfahrungsgemäß häufig hervortritt, nach einwandfreier Feststellung der Verfehlungen des anderen Ehegatten im Interesse der Wahrheitserforschung weitgehend Rechnung zu tragen sucht, so darf doch gerade bei dieser Art Kosten, für deren Angemessenheit aus in der Sache selbst liegenden Gründen ein exakter Nachweis kaum je möglich sein wird, nicht die Willkür der Partei oder deren Ermessen, aber auch nicht das Gutdünken des zur Beobachtung eingesetzten Detektivs maßgebend sein und den Umfang der Kostentragungspflicht der Gegenpartei bestimmen. Deshalb hat der Senat in seiner oben erwähnten Entsch. bereits gefordert, daß die aufgewendeten Beträge sich in angemessenen Grenzen halten müssen und daß diese Angemessenheit vor allem durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien selbst, sodann aber auch durch das Verhalten des zu beobachtenden Ehegatten bestimmt wird. Wie auch sonst bei der Prüfung aus § 91 ZPO., so sind also auch hier die wirklich entstandenen Kosten nicht etwa schlechthin maßgebend. Ein strenger Maßstab erscheint vielmehr unbedingt geboten, um einem mißbräuchlichen Vorgehen — sei es auch nur im Sinne eines uferlosen, überflüssigen Kostenaufwandes — vorzubeugen. Hierunter würde auch eine in ihrer Durchführung unangemessene, durch den unmittelbar für die Prozeßbenutzung gebotenen Zweck nicht mehr bedingte Art der Beobachtung und der Ermittlungen durch den Detektiv fallen, gleichgültig, ob die Verantwortung für diese der Partei als Auftraggeberin oder dem ausführenden Organ zur Last zu legen ist. Grundsätzlich und regelmäßig wird daher außer einer genauen Aufstellung über Zeitpunkt und Dauer der Beobachtungen, über die Art der Ermittlungen im einzelnen, auch eine Erläuterung der beobachtenden Person über die Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen und Aufwendungen und die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Beträge (Honorar und Auslagen) verlangt werden müssen, sofern nicht ausnahmsweise nach der besonderen Sachlage die Abgeltung der Leistungen (und Auslagen) des Detektivs durch einen Pauschbetrag sachgemäß und unbedenklich erscheint. Doch können darüber ausschließlich die Organe des Festsetzungsverfahrens befinden.

Die hier von der beobachtenden Detektivin gegebene Einzelaufstellung über insgesamt 296,40 *RM* Vergütung für die Tätigkeit und Auslagen in Verbindung mit ihrer dazu gegebenen Erläuterung trägt den genannten Erfordernissen im wesentlichen Rechnung. Sie ist jedoch zu einzelnen Positionen, soweit es sich um die aufgewendete Beobachtungszeit handelt, zu beanstanden. Denn es ist, zumal auch angesichts der Zeugenaussage der Detektivin, nicht zu ersehen, und auch aus der späteren Erläuterung nicht zu entnehmen, inwiefern die eingesetzten Beobachtungsstunden tatsächlich in diesem Umfange zur Durchführung der für die Prozeßzwecke benötigten Beobachtung erforderlich waren. (Wird im einzelnen ausgeführt.)

So können 22 Stunden = 44 *RM* in der Notwendigkeit des Kostenaufwandes nicht als glaubhaft gemacht angesehen werden. Dagegen sind die in Ansatz gebrachten Auslagen, insbes. für Autobenutzung, angesichts der Erläuterungen der Detektivin nicht zu beanstanden, desgleichen nicht der Stundensatz mit 2 *RM*, der keineswegs übersetzt erscheint.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Febr. 1939, 20 W 606/39.)

*

26. KG. — § 91 ZPO. Anwaltswechsel bei Verweisung vom AG. an das sachlich zuständige LG.

Der Senat geht in seiner Rspr. zur Frage der Notwendigkeit eines Anwaltswechsels grundsätzlich davon aus, daß diejenige Partei, die die Kosten zweier Anwälte erstattet verlangt, außer der Notwendigkeit des Wechsels darlegen muß, daß dieser Wechsel weder von ihr noch von ihrem Anwalt verschuldet worden ist (Entsch. v. 1. März 1933 bei Gaedeke, „KostRspr.", 1938, Nr. 491). Insbes. in denjenigen Fällen des Anwaltswechsels, die dadurch bedingt werden, daß der Rechtsstreit von dem — sachlich oder örtlich — nicht zuständigen Gericht an das zuständige Gericht verwiesen wird, läßt der Senat in ständiger Rspr. den Gesichtspunkt ausschlaggebend sein, ob diejenige Partei, auf deren Seite dann ein Wechsel in der Person des Prozeßbevollmächtigten eintreten muß, von vornherein übersehen und damit rechnen konnte, daß es zu einer Verweisung kommen werde, insbes. also dann, wenn gerade diese Partei ihrerseits die Verweisung an das LG. beantragt hat (so für den Fall des Mahnverfahrens die Entsch. v. 20. Febr. 1935, für den Gläubiger geltend, und v. 9. Nov. 1935, für den Schuldner geltend, zu vgl. Gaedeke Nr. 504, 505). Entsprechendes gilt für den Fall, daß der Bekl. von Anfang an die örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts rügt (so grundsätzl. Entsch. v. 17. Dez. 1938: JW. 1939, 369).

Hier liegt nun in tatsächlicher Hinsicht der Fall so, daß die Kl. zwar bei dem sachlich nicht zuständigen AG. (Streitwert 735 *RM*) Klage erhoben hat, daß sie aber den Streitwert dieser Klage ausdrücklich auf 500 *RM* angegeben hat und demgemäß der Bekl. zunächst davon ausgehen durfte und tatsächlich auch davon ausgegangen ist, daß die Zuständigkeit des AG. L. gegeben sei. So hat er durch RA. S. in W. schriftsätzlich zur Sache selbst Stellung genommen und Abweisung der Klage beantragt. Wenn im Verhandlungstermin der Bekl. gleichwohl nunmehr die sachliche Zuständigkeit gerügt und Verweisung an das LG. beantragt hat, die dann auf Antrag der Kl. auch ausgesprochen worden ist, so werden die Gründe dafür von der BeschwF. selbst jetzt dargelegt: sie habe geglaubt, wegen des Zurückbehaltungsrechtes des Bekl. den Streitwert unter 500 *RM* annehmen zu müssen. Vor Gericht sei über die Richtigkeit dieser Auffassung eingehend gesprochen worden, und das Gericht habe sich dieser Auffassung nicht angeschlossen. Danach ist es unzutreffend, daß der Bekl. den Verweisungsantrag von vornherein gestellt oder auch nur von vornherein mit einer solchen Verweisung gerechnet hätte oder rechnen mußte. Unter diesen Umständen ist die Tatsache allein, daß er schließlich die sachliche Unzuständigkeit des AG. gerügt hat, für die Frage des Anwaltswechsels bedeutungslos und kann nicht zu Lasten des Bekl. gewertet werden. Vielmehr hat, wenn überhaupt von einem Verschulden die Rede sein kann, die Kl. durch ihre unzutreffende Rechtsauffassung, die der Rspr. zu der Frage des Streitwertes widersprach, ihrerseits es verschuldet, daß der Bekl. sich zunächst sachlich auf den Rechtsstreit vor dem AG. einlassen zu dürfen glaubte.

Die durch den Anwaltswechsel infolge Verweisung an das LG. erwachsenen Mehrkosten des Bekl. sind daher von der Kl. zu erstatten.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 8. Febr. 1939, 20 W 400/39.)

*

27. OLG. — § 93 a ZPO. Keine Vorschußpflicht des Ehemannes für die auf § 55 EheG. gestützte Scheidungsklage der Ehefrau, wenn nach dem Verhalten der Prozeßbeteiligten eine Verurteilung des Ehemannes zur Erstattung der Kosten nach § 93 a ZPO. nicht zu erwarten ist.

Die Kl. hat aus § 55 EheG. Scheidungsklage erhoben. Da sie ein Verschulden des Bekl. nicht festgestellt wissen will, will dieser einen Gegenantrag nicht stellen. Auf Antrag der Kl. ist durch den angefochtenen Beschluß dem Bekl. die Leistung eines Prozeßkostenvorschusses gem. §§ 1387 Ziff. 1, 1416 BGB., § 627 ZPO. aufgegeben worden. Die Beschwerde des Bekl. ist begründet.

Ob die Kosten eines zwischen den Ehegatten anhängigen Rechtsstreites die Frau treffen und daher dem Vorbehaltsgut zur Last fallen (§ 1416 Abs. 1 BGB.), wird sich regelmäßig vor rechtskräftiger Erledigung des Rechtsstreites nicht übersehen lassen. Solange noch damit zu rechnen ist, daß die Kosten den Mann treffen können, muß er diese entrichten und auch vorschießen (RGZ. 47, 74). Wenn aber von

vornherein feststeht, daß die Frau die Kosten des Rechtsstreits selbst zu tragen hat, die Kosten also dem Vorbehaltsgut zur Last fallen werden, besteht diese Zahlungs- und Vorschußpflicht nicht (RG. a. a. O.; ferner JW. 1931, 1378).

Im vorl. Falle erstrebt die Kl. Scheidung aus § 55 EheG. ohne Prüfung der Schuldfrage. Auch der Bekl. wird diese nicht aufrollen. Es wird also nicht zur Feststellung der Schuld des Bekl. an der Scheidung kommen. Dann aber müssen die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben werden (§ 93a ZPO.). Es steht also jetzt schon fest, daß die Kl. ihre außergerichtlichen und die Hälfte der gerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben wird, diese also dem Vorbehaltsgut und niemals dem Bekl. zur Last fallen werden (§ 1387 Ziff. 1 BGB.). Insoweit kann es, da es bestimmt an einer Zahlungspflicht des Bekl. fehlen wird, auch keine Vorschußpflicht geben.

Nun werden allerdings die Gerichtskosten zur Hälfte auch den Bekl. treffen und, da die Kl. die Prozeßgebühr an die Reichskasse sofort bezahlen muß, kann sie die den Bekl. treffende Hälfte vorschußweise von ihm fordern. Dem ist aber nach dem eigenen Vorbringen der Kl. der Bekl. schon nachgekommen, indem er einen Vorschuß von 125 *RM* geleistet hat. Die Prozeßgebühr beträgt 50 *RM*. Der Vorschuß reicht also bei weitem zur Deckung der Hälfte der voraussichtlich entstehenden Gerichtskosten aus. Mehr braucht der Bekl. keinesfalls vorzuschießen.

(OLG. Dresden, 13. ZivSen., Beschl. v. 9. Febr. 1939, 13 W 14/39.)

*

28. RG. — 1. § 286 ZPO. Hat sich eine Partei zum Nachweise rechtserheblicher Behauptungen auf das Zeugnis von Personen berufen, die über denselben Gegenstand bereits in einem anderen Verfahren vernommen worden sind, so darf das Gericht nur dann von ihrer nochmaligen Vernehmung absehen, wenn beide Parteien die in dem anderen Verfahren gemachten Aussagen so gelten lassen wollen, als seien sie in dem anhängigen Rechtsstreit gemacht worden.

2. § 1 RHaftpflG.; § 254 BGB. Bei der Abwägung des eigenen Verschuldens des Fahrgasts, der von der Plattform einer Straßenbahn herabgestürzt ist, gegenüber der Betriebsgefahr der Straßenbahn ist die Tatsache, daß die Plattform offen war, nicht als ein die allgemeine Betriebsgefahr erhöhender Umstand anzusehen. Diese Tatsache ist jedoch bei der Prüfung der Frage, ob und inwieweit die Betriebsgefahr für den Unfall ursächlich gewesen ist, zu berücksichtigen.

Der Ehemann der Erstklägerin und Vater der anderen Kl. stürzte in der Nacht zum 5. Okt. 1936 von der hinteren Plattform eines durch die S.er Allee in Berlin fahrenden Straßenbahnwagens der Bekl. auf das Straßenpflaster und starb infolge der erlittenen schweren Kopfverletzungen am 7. Okt. 1936. Die Kl., die durch den Tod ihre Unterhaltsansprüche gegen den Ehemann und Vater verloren haben, nehmen die Bekl. auf Grund des RHaftpflG. auf Ersatz der Hälfte ihres Unterhaltsverlustes in Anspruch. LG. und BG. gaben der Klage statt. RG. hob auf.

Die Rev. rügt als Verfahrensfehler nach § 286 ZPO., das BG. habe die Verurteilung allein auf Urkundenbeweis gestützt und unzulässigerweise den von der Bekl. angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben. Diese Rüge ist berechtigt. Die Bekl. hatte beantragt, Personen, die in einem anderen Verfahren vernommen worden sind, über rechtserhebliche Behauptungen als Zeugen vor dem BG. zu vernehmen. Diese Anträge können nicht als prozeßgerecht beschieden anerkannt werden. Nur wenn die Parteien dahin übereinstimmen, die in dem anderen Verfahren gemachten Aussagen so gelten zu lassen, als wären sie im Verfahren vor dem BG. gemacht worden, könnte das BG. seine Beurteilung auf die vorl. Protokolle beschränken und von der Vernehmung der Zeugen absehen (RGZ. 115, 221 = JW. 1927, 374).

Daß der Ausgang der Plattform offen und ungesichert war, ist nicht als ein die allgemeine Betriebsgefahr der Straßenbahn erhöhender Umstand, der bei der Abwägung von Betriebsgefahr und eigenem Verschulden des Verunglückten zu Lasten der Bekl. besonders ins Gewicht fallen müßte, anzusehen; denn das Fahren der Straßenbahnen mit offener Plattform ist nicht nur in Berlin seit langer Zeit, sondern auch im übrigen Deutschland überwiegend üblich und von den Aufsichtsbehörden gestattet. Die gegenteilige frühere Auffassung (vgl. RG. v. 29. April 1935, VI 33/35: JW. 1935, 2354) wird aufgegeben. Aber mit Recht hat das BG. den Umstand, daß der Ausgang ungesichert war, bei der Prüfung der Frage, ob und inwieweit die Betriebsgefahr für den Unfall ursächlich gewesen ist, berücksichtigt. Es liegt auf der Hand, daß bei Vorhandensein und Benutzung einer den Ausgang sperrenden Sicherung der Unfall nicht eingetreten wäre.

Wenn der Schaffner, dessen Aufmerksamkeit nach der Feststellung des BG. durch keine sonstige Dienstobliegenheit in Anspruch genommen war, es unterlassen hat, den Verunglückten vor dem Hinausstürzen zu schützen, so kann darin eine wesentliche Erhöhung der Betriebsgefahr gelegen haben. Ob der Schaffner eine nach Lage des Falles gebotene Sicherungsmaßnahme unterlassen hat und ob die Unterlassung für den Unfall mitursächlich gewesen ist, bedarf noch der Feststellung. Dabei ist unbedenklich dem BG. darin beizustimmen, daß der Schaffner nicht nur eine moralische, sondern auch eine Rechtspflicht verletzt, wenn er es unterläßt, im Rahmen des ihm Möglichen einen Fahrgast, dessen Unsicherheit er erkennt oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen müßte, durch geeignete Maßnahmen vor einem Sturz aus dem fahrenden Wagen zu schützen.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 10. Dez. 1938, VI 118/38.) [R.]

*

**** 29. RG. — § 271 ZPO.; § 242 BGB.**

1. Die Berufungseinlegung der siegreichen Partei im Eheprozeß mit der gleichzeitigen Erklärung, sie behalte sich Antrag und Gründe vor, kann nicht in eine Zurücknahme der Scheidungsklage umgedeutet werden.

2. Eine Vereinbarung zwischen den Parteien eines Rechtsstreits, durch die die klagende Partei der beklagten die Zurücknahme der Klage verspricht, kann nach der herrschenden Rspr. und Literatur mit verpflichtender Wirkung abgeschlossen werden, und zwar auch zwischen den Parteien eines Eheprozesses. Eine derartige Vereinbarung kann allerdings die Prozeßhandlung der Klagezurücknahme (§ 271 ZPO.) nicht ersetzen, berechtigt jedoch den Bekl. zur Erhebung des Einwandes der Arglist gegen die dem Versprechen zuwider erfolgende Fortsetzung des Rechtsstreits.

Die Kl. hat im Juli 1937 gegen den Bekl. Scheidungsklage erhoben, die auf beleidigende und lieblose Äußerungen, Vernachlässigung der Unterhaltspflicht und andere Eheverfehlungen des Bekl. gestützt war. Das LG. hat die Ehe aus Verschulden des Bekl. geschieden. Das Scheidungsurteil ist den Parteien am 26. Nov. 1937 zugestellt worden. Die Kl. hat am 22. Dez. 1937 gegen das landesgerichtliche Urteil Berufung eingelegt und am gleichen Tag beim BG. die Bitte gestellt, das Verfahren von Amts wegen auszusetzen, mit der Begründung, daß eine Aussöhnung zwischen den Parteien nicht ausgeschlossen sei, daß diese Aussöhnung zur Rücknahme der Scheidungsklage führen würde, daß aber im Augenblick noch nicht feststehe, ob tatsächlich diese Rücknahme erfolgen werde. Das BG. hat nach Anhörung des Bekl. beschlossen, das Verfahren auf 6 Monate auszusetzen. Da die Kl. keine Anstalten traf, ihre Scheidungsklage zurückzunehmen, hat der Bekl. am 30. Juni 1938 Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen und die Kl. zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verurteilen. Zur Begründung hat er vorgetragen, es sei zwischen den Parteien im Dezember 1937 eine Vereinbarung getroffen worden, durch die die Kl. sich verpflichtet habe, die Scheidungsklage nach erfolgter Aussöhnung zurückzunehmen; es sei dann auch zu einer völligen Aussöhnung

der Parteien gekommen, die Parteien hätten auch Ende Dezember 1937 den ehelichen Verkehr wieder aufgenommen und bis Ende April 1938 fortgesetzt. Die Kl. hat beantragt, die Anschlußberufung des Bekl. zurückzuweisen, und hat ausgeführt, sie habe die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil nur eingelegt, um den Versuch einer Aussöhnung zu machen, die Aussöhnung sei aber gescheitert. Die Kl. hat dann die von ihr eingelegte Berufung gegen das Scheidungsurteil zurückgenommen. Der Bekl. hat der Berufungszurücknahme widersprochen und hat im Verhandlungstermin vor dem BG. hilfsweise noch den weiteren Antrag gestellt, die Scheidungsklage für durch Rücknahme erledigt zu erklären.

Das BG. hat nach Anhörung beider Parteien das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage durch Rücknahme für erledigt erklärt; die Anschlußberufung des Bekl. hat das BG. als unzulässig verworfen.

Die Kl. hat Rev. eingelegt mit dem Antrag, das BU. hinsichtlich seiner Entscheidung zur Klage aufzuheben und sie (die Kl.) des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären oder aber ihre Berufung als unzulässig zu verwerfen. Der Bekl. hat Anschlußrevision eingelegt mit dem Antrag, das BU. aufzuheben, soweit es die Anschlußberufung des Bekl. als unzulässig verworfen hat. Diese Rev. führten zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Das BG. ist der Ansicht, daß im vorliegenden Fall die Berufungseinlegung der Kl. sich als eine Klagezurücknahme i. S. des § 271 ZPO. darstelle. Nachdem im ersten Rechtszug die Kl. in vollem Umfang obgesiegt habe, könne ihre Berufung schlechterdings keinen anderen Sinn haben als den, daß ihre Scheidungsklage zwecks Aufrechterhaltung der Ehe zurückgenommen werde. Damit stimme, so führt das BG. weiter aus, auch die im Dez. 1937 zwischen den Parteien getroffene Abrede überein, wonach die Parteien vereinbart hätten, daß sie das landgerichtliche Scheidungsurteil nicht rechtskräftig werden lassen wollten und daß zu diesem Zweck die Kl. Berufung einlegen solle. Die Kl. habe sich mit dem Bekl. völlig wieder ausgesöhnt, am Weihnachtsabend 1937 mit ihm wieder ehelich verkehrt und diesen Verkehr in der folgenden Zeit bis April 1938 regelmäßig fortgesetzt. Ihre Berufungseinlegung könne daher nur den Zweck gehabt haben, ihre Scheidungsklage damit zurückzunehmen und gegenstandslos zu machen. Die Klagezurücknahme habe zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei. Das landgerichtliche Urteil sei damit hinfällig geworden und für eine weitere richterliche Tätigkeit sei kein Raum. Aus diesem Grund habe es auch keiner Berufungsbegründung seitens der Kl. mehr bedurft und die Berufung der Kl. könne nicht etwa wegen fehlender Begründung als unzulässig verworfen werden. Auch die spätere Zurücknahme der Berufung seitens der Kl. sei unbeachtlich; denn diese Zurücknahme habe der im Dez. 1937 getroffenen Abrede der Parteien, daß die Kl. Berufung zwecks Aufrechterhaltung der Ehe einlegen solle, widersprochen und sei daher unzulässig gewesen.

Die Rev. der Kl. bezeichnet die Auffassung des BG., die Berufung der Kl. habe keinen anderen Sinn haben können als den, ihre Scheidungsklage zurückzunehmen, als rechtsirrig. Höchstens könne man doch sagen, daß die Berufung der Kl. den Zweck der Klagerücknahme gehabt habe. Aber auch dann wäre, so meint die Rev., die Klage erst zurückgenommen gewesen, wenn die Kl. die Zurücknahme auch wirklich erklärt hätte. Übrigens habe aber die Berufungseinlegung der Kl. auch andere Zwecke verfolgen können, z. B. den Übergang zur Herstellungsklage oder zur Anfechtungsklage.

Dieser Revisionsangriff ist berechtigt. Die Kl. erklärt in ihrem am 22. Dez. 1937 beim BG. eingegangenen Schriftsatz, daß sie gegen das Urteil des LG. das Rechtsmittel der Berufung einlege, und fügt hinzu, daß Antrag und Gründe vorbehalten bleiben. Die Umdeutung dieser Erklärung dahin, daß damit die Zurücknahme der Scheidungsklage erklärt worden sei, ist eine rechtlich unmögliche Auslegung. Die Unmöglichkeit dieser Auslegung tritt um so klarer in die Erscheinung, wenn berücksichtigt wird, daß die Kl. mit ihrem gleichzeitig beim BG. eingereichten Schriftsatz, in welchem sie die Bitte um Aussetzung des Verfahrens stellt, ausdrücklich erklärt hat, daß zwar eine Aussöhnung zwischen den Parteien nicht ausgeschlossen sei, daß aber im Augenblick noch nicht feststehe, ob wirklich die Zurücknahme der Klage erfolgen werde.

Die Vereinbarung, die die Parteien im Dez. 1937 getroffen haben sollen, und das Verhalten, das die beiden Parteien in den darauf folgenden Monaten betätigt haben sollen, muß jedoch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt einer Würdigung unterzogen werden. Eine Vereinbarung zwischen den Parteien eines Rechtsstreits, durch die die klagende Partei der beklagten die Zurücknahme der Klage verspricht, kann nach der herrschenden Rechtsprechung und Literatur mit verpflichtender Wirkung abgeschlossen werden (RGZ. 102, 217 ff. = JW. 1921, 1244). Auch zwischen den Parteien eines Eheprozesses muß die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung grundsätzlich anerkannt werden. Eine derartige Vereinbarung kann allerdings die Prozeßhandlung der Klagezurücknahme, die nur in der im § 271 ZPO. vorgeschriebenen Form erfolgen kann, nicht ersetzen; die Vereinbarung steht einer wirklich erfolgten Klagezurücknahme nicht gleich und erzeugt nicht die mit einer solchen verbundenen prozessualen Wirkungen hinsichtlich der Beseitigung der Rechtshängigkeit, der kraft Gesetzes eintretenden Verpflichtung des Kl. zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits, und der Befugnis der beklagten Partei zur Verweigerung der Einlassung auf eine erneute Klage vor Kostenerstattung (§ 271 Abs. 3 und 4 ZPO.). Die vom Kl. vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Klagezurücknahme berechtigt jedoch den Bekl. zur Erhebung des Einwands der Arglist gegen die dem Versprechen zuwider erfolgende Fortsetzung des Rechtsstreits. Die Geltendmachung dieses Einwands muß dazu führen, daß die der Vereinbarung zuwider fortgesetzte Klage abgewiesen wird, da der Klagangriff in dem anhängigen Prozeß nicht mehr weiter durchgeführt werden kann. Diese Abweisung ist eine Abweisung angebrachtermaßen wie bei mangelhaft erhobener Klage. Sie ist keine Sachabweisung und hindert den Kl. nicht, die Klage von neuem geltendzumachen (RG. a. a. O.).

Es ergibt sich aus Vorstehendem zunächst, daß der Ausspruch des BU., insoweit er die Klage durch Zurücknahme für erledigt erklärt, formell zu beanstanden ist. Der Anspruch hätte, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben waren, auf Abweisung der Klage durch Prozeßurteil lauten müssen.

Um feststellen zu können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Abweisung der Klage durch Prozeßurteil gegeben sind, dazu sind die tatsächlichen Feststellungen des BG. nicht ausreichend. Mit Recht rügt hier die klägerische Rev. Verletzung der §§ 139, 286 ZPO. (Wird ausgeführt.) Das BG. wird zu ermitteln haben, welchen Sinn die Bedingung hatte, unter der die Kl. die Zurücknahme der Klage versprochen hat, ferner ob der Bekl. diese Bedingung erfüllt hat, und ob er nicht etwa später den Anspruch auf Zurücknahme der Klage durch neue Verfehlungen wieder verscherzt hat. Gelangt das BG. zu dem Ergebnis, daß der Bekl. die von der Kl. gestellte Bedingung erfüllt hat, so wird es, nach dem oben Gesagten, die Scheidungsklage durch Prozeßurteil abzuweisen haben. Das BG. braucht sich, wenn es zu diesem Ergebnis gelangt, bei seiner Entscheidung nicht durch den Umstand beeinflussen zu lassen, daß die Kl. später, durch Schriftsatz v. 27. Juli 1938, die von ihr eingelegte Berufung zurückgenommen hat. Denn diese Berufungszurücknahme der Kl. verstieß — wenn festgestellt ist, daß die Kl. dem Bekl. unter gewissen Bedingungen die

Zurücknahme der Scheidungsklage versprochen und der Bekl. diese Bedingungen erfüllt hat — erst recht gegen die von der Kl. übernommene Vertragspflicht, und es kann daher auch diesem Verhalten der Kl. als einer vorsätzlichen Vertragsverletzung mit der Einrede der Arglist entgegengetreten werden.

2. Das BG. hat die vom Bekl. eingelegte Anschlußberufung als unzulässig verworfen. Da die Berufungseinlegung der Kl. als Klagezurücknahmeerklärung auszulegen und der Rechtsstreit damit gegenstandslos geworden sei, sei der Bekl. durch das landgerichtliche Urteil nicht mehr beschwert und es sei für ihn kein Raum mehr für weitere Sachanträge.

Diese Begründung wird vom Bekl. in seiner Anschlußrevision mit Recht angegriffen. Die Begründung des BG. ist schon deswegen hinfällig, weil nach dem oben Gesagten die Umdeutung der Berufungseinlegung in eine Klagezurücknahmeerklärung unmöglich ist. Die richtige Betrachtung ergibt folgendes: Die Anschlußberufung des Bekl. war nach § 521 ZPO. nicht nur zulässig, sondern sie war auch notwendig, wenn der Bekl. eine Abänderung des gegen ihn ergangenen landgerichtlichen Urteils erstrebte. Die Beseitigung des landgerichtlichen Urteils konnte zwar, da es sich um eine Ehesache handelte, auch von der siegreichen Kl. betrieben werden, indem sie Berufung einlegte und dann ihre Scheidungsklage zurücknahm. Wenn die Kl. aber sich darauf beschränkte, Berufung einzulegen, die Klage aber dann nicht, wie sie versprochen hatte, zurücknahm, so war die Einlegung der Anschlußberufung — nachdem die Frist zur Einlegung einer selbständigen Berufung verstrichen war — für den Bekl. der einzige Weg, um von sich aus, durch Erhebung des Arglisteinwands, die Beseitigung des Scheidungsurteils herbeizuführen. Ob die Anträge, die der Bekl. als Anschlußberufungskläger gestellt hat, von ihm richtig formuliert waren, ist für die Frage der Zulässigkeit der Anschlußberufung als solcher unerheblich.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 6. Febr. 1939, IV 220/38.)

*

30. RG. — 1. §§ 391, 402 ZPO. Zur Frage, wann die Beeidigung eines Sachverständigen geboten erscheint. Aus der Tatsache, daß die Ablehnung der Beeidigung im Urteil nicht begründet ist, kann nicht gefolgert werden, daß das Gericht angenommen habe, die Beeidigung des Sachverständigen stehe in seinem Belieben.

2. §§ 7, 8 PrEnteigG. v. 11. Juni 1874. Zur rechnerischen Methode bei der Festsetzung der Entschädigung für ein im Jahre 1911 enteignetes Grundstück nach den §§ 7, 8 PrEnteigG.

3. § 286 ZPO. In der Ablehnung einer Beweiserhebung durch Vernehmung eines Sachverständigen liegt dann ein Verstoß gegen § 286 ZPO., wenn ungenügende Darstellungen in den Gründen des Urteils darauf schließen lassen, daß dem Gericht selbst die erforderliche Sachkunde gefehlt hat. †)

Den Erben des W., zu denen der Kl. gehört, ist im Jahre 1911 ein kieshaltiges Grundstück enteignet worden. Der Kl. ist der Ansicht, daß die festgesetzte Entschädigungssumme zu niedrig sei.

Das BG. setzt unter Berücksichtigung des Wertes des Kieses, seiner Absetzbarkeit, der Kosten der Fortschaffung des Abraumes, des Abbaues und der Fortschaffung des Kieses zum Verkaufsplatz, ferner der Wirtschaftsschwankungen und von Hochwasserschäden einen Wert von 190 500 *RM* an, den es im wesentlichen durch Kapitalisierung des Jahresertrages der Entkiesung gewinnt. Dazu rechnet es den Wert, den das Grundstück nach der Entkiesung bei landwirtschaftlicher Nutzung gehabt hätte, mit 7050 *RM*. Es setzt weiter eine Entschädigung für Erschwernisse bei der Gewinnung von Kies und Ton aus Wiesen, die den Erben W. teils selbst gehörten, teils von ihnen gepachtet waren, und für Erschwernisse bei der späteren landwirtschaftlichen Nutzung dieser Grundstücke infolge der Enteignung an, wobei es die gefundenen Beträge auf die einzelnen in Betracht kommenden Zeiten zurückrechnet. Bei der Kiesgewinnung nimmt es 7800 *RM* Mehrkosten an, bei der Wiederauffüllung nach der Entkiesung 2200 *RM*, bei der landwirtschaftlichen Nutzung 3285 *RM*, bei der Tonförderung 8200 *RM* und 31 250 *RM*. So kommt es zu dem Ergebnis, daß den Erben W. durch die Urt. des OLG. in C. v. 14. Juni 1924 und 11. April 1927, wenn man die Zahlungen auf die in diesen Urteilen zuerkannten Beträge nach dem Lebenshaltungsindex umrechnet, schon mehr zugesprochen worden sei, als ihnen gebühre.

1. Das angefochtene Urteil beruht in den wesentlichsten Punkten auf dem Gutachten des Prof. R., ja es spricht unmittelbar aus, der Entscheidung werde dieses Gutachten nebst den Ergänzungsgutachten zugrunde gelegt. Es sei im Gegensatz zu den mehr allgemein gehaltenen Schätzungen der vom Kl. angeführten Sachverständigen infolge der gründlichen und tiefschürfenden Untersuchungen des R. eine tragfähige Grundlage für die Entscheidung. Der Kl. hatte das Gutachten in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung bekämpft; er hatte sogar den Sachverständigen ohne Erfolg abgelehnt, und auch sein Antrag, ihn zu beeidigen, ist abgelehnt worden. Eine Begründung enthält der ablehnende Beschluß nicht. Der Kl. meint, das BG. habe den Sachverständigen beeidigen oder wenigstens die Nichtbeeidigung begründen müssen. Die Bedeutung des Gutachtens liege zutage. Das BG. scheine der Ansicht zu sein, die Beeidigung oder Nichtbeeidigung eines Sachverständigen liege in seinem freien Belieben.

Die Rüge kann nicht durchgreifen. In der Nichtbeeidigung eines Sachverständigen an und für sich kann ein Verstoß gegen das Gesetz niemals liegen; denn die ZPO. kennt keine unbedingte Pflicht zur Beeidigung eines Sachverständigen. Sie bestimmt bzgl. des Zeugenbeweises, daß ein Zeuge, wenn die Parteien nicht auf seine Beeidigung verzichtet haben oder der Zeuge gemäß § 393 ZPO. uneidlich zu vernehmen ist, zu beeidigen sei, wenn das Gericht, d. h. also der Tatrichter, die Beeidigung für geboten erachtet, und zwar entweder mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage, d. h. mit Rücksicht auf die Pflicht des Gerichts, die Wahrheit zu ermitteln (§ 391 ZPO.). Diese Vorschrift findet auf den Beweis durch Sachverständige entsprechende Anwendung (§ 402 ZPO.). Das bedeutet, daß auch der Sachverständige, von denselben Ausnahmen wie beim Zeugen abgesehen, zu beeidigen ist, wenn der Tatrichter die Beeidigung für geboten erachtet, und zwar entweder mit Rücksicht auf die Bedeutung des Gutachtens oder mit Rücksicht auf die Pflicht des Gerichts, die Wahrheit zu ermitteln. Letzteres kann in Frage kommen, soweit der Sachverständige zur Vorbereitung seines Gutachtens eigene Wahrnehmungen oder Beobachtungen macht und deshalb einem Zeugen gleichsteht, oder soweit gegebenenfalls ein nachdrücklicher Hinweis auf die Sorgfaltspflicht des Sachverständigen erforderlich erscheint. In allen Fällen steht also die Beeidigung des Zeugen wie des Sachverständigen im pflichtmäßigen Ermessen des Tatrichters, das sich in den angegebenen zwei Richtungen zu bewegen hat. Bei einem Sachverständigen wird dies Ermessen, sofern nicht besonders umfangreiche eigene Wahrnehmungen oder Beobachtungen des Sachverständigen in Frage kommen, in der Regel dazu führen, ihn nicht zu beeidigen (RGUrt. v. 9. April 1937, VII 199/36: HöchstRRspr. 1937 Nr. 868). Soweit es sich um ein reines Gutachten handelt, wird die Rücksicht darauf,

daß nur im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig ist (§ 580 Nr. 3 ZPO.), bei der Frage der Beeidigung weit seltener bestimmend sein als bei einer Zeugenaussage, und in den Fällen, in denen eine Beeidigung zur Herbeiführung eines sorgfältigen Gutachtens erforderlich erscheint, wird, ebenso wie übrigens in allen Fällen, wenn Zweifel an dem Gutachten bestehen, der Tatrichter es vorziehen, einen anderen Sachverständigen zu vernehmen. Bei dem Zeugen ist das unmöglich; seine Kenntnis der Tatsachen ist unersetzlich. Ein Sachverständiger wird in aller Regel ersetzbar sein. Ist das pflichtmäßige Ermessen über die Beeidigung vom Tatrichter ausgeübt, so hat das RevG. dies hinzunehmen. Es hat nur nachzuprüfen, ob der Tatrichter die Grenzen seines Ermessens nicht überschritten hat, ob er etwa nach Willkür vorgegangen ist oder ob er sich bei der Ausübung des Ermessens von unrichtigen Gesichtspunkten hat leiten lassen. Selbst wenn das Gutachten ohne Zweifel ausschlaggebende Bedeutung hat, ist dies nicht anders; denn das Gesetz sagt nicht, daß jedes bedeutsame Gutachten beeidigt werden müsse; es bestimmt vielmehr, daß der Sachverständige, dessen Gutachten bedeutsam ist, zu beeidigen sei, wenn es das Gericht mit Rücksicht auf diese Bedeutsamkeit für geboten erachte — eine Frage, die in einem solchen Falle oft, aber keineswegs immer zu bejahen sein wird. Die Rev. meint nun zwar, das BG. habe offenbar angenommen, die Beeidigung des Sachverständigen stehe in seinem freien Belieben. Diese Meinung findet aber nirgends eine Stütze. Die Tatsache jedenfalls, daß das BG. für die Ablehnung der Beeidigung keine Begründung gibt, kann nicht in diesem Sinne verwertet werden (RGUrt. v. 3. Dez. 1935, II 63/35), und sonstige Umstände, die darauf schließen ließen, daß das BG. die §§ 391, 402 ZPO. unrichtig ausgelegt hätte, sind nicht vorhanden. Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen liegt also nicht vor.

2. An zweiter Stelle rügt die Rev. des Kl., daß das BG., im wesentlichen dem Sachverständigen R. folgend, bei der Zurückrechnung der Entschädigung die Zinseszins- und Rentenrechnung angewandt habe, während es nach dem Gesetz die Hoffmannsche Methode habe anwenden müssen. Bei der Ermittlung der Entschädigung für das enteignete Grundstück selbst hat das BG. ebenso wie der Sachverständige aber überhaupt nicht zurückberechnet, sondern kapitalisiert. Bei den meisten anderen Posten handelt es sich allerdings um eine Zurückrechnung, wenn auch zumeist — mit Recht — nicht auf die Zeit der Enteignung. Bei der Kapitalisierung und der Zurückrechnung ist nun offenbar die Zinseszins- und Rentenrechnung angewandt worden. Ein Rechtsfehler ist darin aber nicht zu finden. Weder das PrEnteigG. vom 11. Juni 1874, noch das BGB., noch allgemeine Gesichtspunkte ergeben eine Vorschrift über die Art der Berechnung in einem Falle wie dem vorliegenden. § 272 BGB., auf den sich der Kl. stützt, kommt schon deshalb nicht in Frage, weil er von einer unverzinslichen Forderung spricht, während die Enteignungsentschädigung verzinslich ist. Bei der Frage, wie im vorl. Falle zu rechnen sei, handelt es sich nicht um eine Rechts-, sondern um eine Tatfrage, nämlich darum, wie hoch die Enteignungsentschädigung für die bestimmten Zeitpunkte zu bemessen sei. Die Beantwortung dieser Tatfrage durch das BG. muß aber das RevG. hinnehmen, wie es an alle Feststellungen des Tatrichters gebunden ist.

3. Die Rev. behauptet ferner, Prof. R. sei von unrichtigen Unterlagen ausgegangen, die der Kl. durch die angebotenen, aber nicht erhobenen Beweise habe richtigstellen wollen. Selbst die Nichterhebung eines Sachverständigenbeweises könne einen Verstoß gegen § 286 ZPO. darstellen, wenn nämlich ungenügende Darstellungen in den Gründen eines Urteils auf mangelnde Sachkunde des Gerichts schließen ließen. Es ist richtig, daß in einem solchen Falle § 286 ZPO. verletzt worden sein kann (RGUrt. v. 29. Nov. 1937, VI 162/37: JW. 1938, 391[27]), aber im vorl. Falle hat das OLG. nicht aus eigener Sachkunde entschieden, sondern es hat Sachverständige gehört. Der von der Rev. angenommene Fall liegt also nicht vor. Die Angriffe der Rev. im einzelnen richten sich denn auch in Wahrheit nicht gegen das angefochtene Urteil, sondern gegen das Gutachten des Sachverständigen und sind nur in das Gewand von Rügen aus § 286 ZPO. gekleidet. Solche Angriffe sind aber unzulässig (RGUrt. v. 15. Jan. 1937, VII 197/36: RGWarn. 1937 Nr. 72).

(RG., VII. ZivSen., U. v. 10. Jan. 1939, VII 46/38.) [N.]

Anmerkung: Das Urteil beschäftigt sich mit Rechtsfragen aus zwei verschiedenen Rechtsgebieten; nämlich erstens wird aus dem zivilprozessualen Normengebiet über den Sachverständigenbeweis die Frage der Notwendigkeit der Beeidigung eines Sachverständigen und die Zulässigkeit der Ablehnung einer Beweiserhebung durch Sachverständigenvernehmung erörtert, zweitens wird — ein seltener Fall — die auf mathematische Grundlagen zurückgehende rechnerische Methode bei Festsetzung einer Enteignungsentschädigung nachgeprüft.

Die erste Frage (Notwendigkeit der Beeidigung eines Sachverständigen) wird dahin beantwortet, daß bei einem Sachverständigen das pflichtmäßige, nur in engen Grenzen vom RevG. nachprüfbare Ermessen des Richters regelmäßig dazu führen wird, ihn nicht zu beeidigen. Dem ist unbedenklich zuzustimmen. In der Begründung dieses Ergebnisses erscheinen mir aber einzelne Ausführungen des RG. anfechtbar. Zunächst halte ich bei der Erörterung, ob etwa die Rücksicht darauf, daß nur im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig ist, zu einer Beeidigung eines Sachverständigen führen müsse, die Erwägung, daß diese Rücksicht bei einem Sachverständigen weit seltener bestimmend sein werde als bei einem Zeugen, für allzu vorsichtig. Schon bei einem Zeugen ist die Erwägung, man müsse den Zeugen beeidigen, um der durch sein Zeugnis benachteiligten Partei die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu verbauen, regelmäßig kaum vertretbar. Bei einem Sachverständigen, einem nach eigenem Ermessen ausgewählten Gehilfen des Richters, der, falls gegen sein Gutachten Bedenken obwalten, jederzeit durch einen besseren ersetzt werden kann, dürfte sie kaum jemals am Platze sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein „reines Gutachten" handelt oder ob der Sachverständige, wie das RG. es ausdrückt, „zur Vorbereitung seines Gutachtens eigene Wahrnehmungen oder Beobachtungen" gemacht hat. Auch darin kann ich dem RG. nicht beistimmen, daß die Frage, ob ein Sachverständiger mit Rücksicht auf die Bedeutsamkeit seines Gutachtens zu beeidigen ist, „in einem solchen Falle" — nämlich wenn das Gutachten ohne Zweifel ausschlaggebende Bedeutung hat — allerdings nicht immer, aber „oft" zu bejahen sei. Von einem Gutachten, dem das Gericht sich anschließt, wird man immer sagen müssen, daß es „ausschlaggebende Bedeutung" hat und wenn in solchen Fällen regelmäßig Beeidigung des Sachverständigen erfolgen müßte, würde damit das Gegenteil des vom Gesetzgeber Gewollten erreicht werden.

Der an dritter Stelle dem Urteil vorausgeschickte Rechtssatz, der auch den Sachverständigenbeweis betrifft, weist gegenüber dem bereits in RG. v. 29. Nov. 1937: JW. 1938, 391[27] aufgestellten Rechtssatz eine geringe — vielleicht nicht beabsichtigte — Verschärfung auf. Während nämlich in dem angeführten früheren Urteil nur gesagt ist, daß in dem behandelten Fall § 286 ZPO. verletzt sein kann, wird jetzt schlechthin gesagt, daß in der Ablehnung der Vernehmung eines Sachverständigen unter den näher

angegebenen Voraussetzungen ein Verstoß gegen § 286 liegt. Ich halte schon den früher aufgestellten, erst recht den in der Fassung verschärften Rechtssatz für bedenklich. Es liegt keineswegs im Zuge einer gesunden Prozeßgestaltung, wenn der Richter zur häufigen Zuziehung eines Sachverständigen oder gar zur Zuziehung mehrerer Sachverständiger genötigt wird; die Zuziehung sollte nur erfolgen, wenn sie unumgänglich notwendig ist. Denn abgesehen von der Schwierigkeit, wirklich geeignete Sachverständige zu ermitteln, denen auch eine unanfechtbare Objektivität beiwohnt, wird die Zuziehung jedes Sachverständigen bei einigermaßen verwickeltem Sachverhalt die Entscheidung um Monate verzögern. Wie notwendig es ist, stets die Beschleunigung der Prozeßführung im Auge zu behalten, zeigt auch der vorl. Rechtsstreit, der, wie aus dem nicht abgedruckten Tatbestand hervorgeht, bis zum ersten abschließenden Urteil des RG. 16 Jahre, bis zur endgültigen Erledigung durch das vorl. Urteil 26 Jahre gedauert hat. Man könnte auch, wenn man die Voraussetzungen liest, unter denen die Ablehnung des Sachverständigenbeweises eine Verletzung des § 286 bilden soll, die Frage aufwerfen, nach welchem Maßstabe denn das RG. prüft, ob „ungenügende Darstellungen in den Gründen des Urteils darauf schließen lassen, daß dem Gericht selbst die erforderliche Sachkunde gefehlt hat". Geht das RG. dabei von der eigenen Sachkunde aus, die man bei dem der Praxis des täglichen Lebens etwas entrückten RevG. doch wohl nicht immer vermuten kann, oder legt es die vom RevKl. vorgebrachten Bemängelungen der Sachkunde des Tatrichters zugrunde, obgleich dieses Vorbringen dem Tatrichter vielleicht nicht hinreichend zur Kenntnis gebracht ist? Meines Erachtens bedürfen die Fälle, in denen Ablehnung eines Sachverständigenbeweises Revisionsgrund ist, einer weit engeren Begrenzung.

Der dritte, in die Mitte gestellte Rechtssatz betrifft eine mathematische Aufgabe, nämlich die Frage, ob bei der Kapitalisierung des Jahresertrags eines Grundstücks und der Zurückrechnung zu entschädigender Erträge auf frühere Zeitpunkte richtige mathematische Grundsätze angewendet sind. Ob die Frage, nach welcher rechnerischen Methode bei Errechnung einer Enteignungsentschädigung zu verfahren ist, Rechts- oder Tatfrage ist, ist nach Maßgabe des positiven Rechts zu entscheiden. Wäre im EnteigG. oder im BGB. die Anwendung der Hoffmannschen Methode für Fälle der vorl. Art vorgeschrieben, so wäre die Anwendung der Zinseszins- und Rentenrechnung (also anscheinend der Leibnizschen Methode) zweifellos ein Rechtsfehler. Tatsächlich enthält nun das EnteigG. nichts über Berechnungsmethoden; das BGB. sieht zwar in mehreren Fällen — §§ 1133, 1217 BGB. — ebenso wie § 65 KO. und § 111 ZwVerstG. die Berechnung des Zwischenzinses nach Hoffmannscher Methode vor, daraus ist aber für den vorl. Fall nichts zu folgern. Die Frage der rechnerischen Methode ist also mit Recht als Tatfrage behandelt.

MinDir. a. D. Lindemann, Berlin.

*

31. RG. — § 606 Abs. 4 ZPO. Die deutschen Gerichte sind für die Ehescheidung von Schweden auch nach Kündigung des HaagEhescheidAbk. zuständig.

Bedenken aus § 606 Abs. 4 ZPO. bestehen nicht. Allerdings sind sowohl Deutschland wie auch Schweden auf Grund ihrer Kündigungen seit dem 1. Juni 1934 nicht mehr Vertragsstaaten des Haager Ehescheidungsabkommens. Schweden nimmt aber nicht die ausschließliche Zuständigkeit für seine Staatsangehörigen in Anspruch. Bei einer Auslandsscheidung verlangt es lediglich, daß die Zuständigkeit der ausländischen Behörde in entsprechender Anwendung der für Ausländerscheidungen in Schweden gegebenen Vorschriften vorhanden ist (Kap. 3 § 5 des schwedischen Gesetzes vom 8. Juli 1904 über gewisse internationale Rechtsverhältnisse betr. Ehe und Vormundschaft; deutsche Übersetzung bei Nyren: Schwedisches Familienrecht Bd. II, Berlin 1927. Vgl. auch Rechtsverfolgung im Internationalen Verkehr Bd. IV: Eherecht S. 648, 645). Das entspricht durchaus der Vorschrift des § 606 IV ZPO. (vgl. im übrigen auch Hamburg: HansGerZtg. 1936 Beil. 400).

(KG., 13. ZivSen., Beschl. v. 7. Nov. 1938, 13 W 4774/38.)

*

32. KG. — § 618 ZPO. Erscheint der Bekl. im ersten Termin ohne Anwalt, so kann sofort zur Sache verhandelt werden, wenn sich aus dem Verhalten des Bekl. nicht etwa ergibt, daß die Sache noch weiterer Vorbereitung bedarf oder er ein begründetes Armenrechtsgesuch stellen will.

Zu der von der Bekl. beantragten Zurückverweisung der Sache an das LG. bestand kein Anlaß. Es ist allerdings richtig, daß in der Rspr. und Rechtslehre lange Zeit im Anschluß an die Fassung von § 618 ZPO., die auch durch die DurchfVO. zum EheG. nicht verändert worden ist, die Auffassung vertreten wurde, daß dem Falle des Nichterscheinens des Bekl. im ersten Termin (§ 618 Abs. 2 ZPO.) der gleichzustellen ist, daß der Bekl. zwar erscheint, aber durch einen Anwalt nicht vertreten ist. Es ist dann erst in einem neuen auf Antrag des Kl. zu bestimmenden Termin verhandelt und entschieden worden. Gegen diese Praxis wendet sich Jonas, 15. Aufl., § 618 ZPO. Anm. II und weist darauf hin, daß diese Gleichstellung nicht zwingend ist, da ohnehin ein Versäumnisverfahren nicht stattfindet und kein praktischer Grund ersichtlich ist, in diesem Falle den ersten Termin verfallen zu lassen. Dieser Ansicht haben sich das OLG. Königsberg (HöchstRRspr. 1937 Nr. 35) und einige andere Gerichte — vgl. JW. 1937, 1442 und 3309 — angeschlossen. Auch der Senat steht auf diesem Standpunkt. Der Sinn von § 618 Abs. 2 ZPO. ist offensichtlich der, daß aus dem Nichterscheinen des Bekl. bei der Wichtigkeit der Entsch. für ihn nicht ohne weiteres Folgen hergeleitet werden sollen und daß ihm eine letzte Vorbereitungsmöglichkeit gegeben werden soll, um auch seinerseits alles Erforderliche vortragen zu können. Deshalb wird allerdings, wie auch Jonas annimmt, Vertagung stattfinden müssen, wenn nach dem Verhalten des erschienenen, aber nicht durch einen Anwalt vertretenen Bekl. ersichtlich ist, daß seine Sache weiterer Vorbereitung bedarf oder daß er ein begründetes Armenrechtsgesuch stellen will. Anders liegt es aber dann, wenn aus dem Vorbringen des Bekl. ohne weiteres hervorgeht, daß auch der neue Termin nichts Neues bringen wird. Eine Vertagung des ersten Termins wäre unter diesen Umständen ein leerer Formalismus und eine grundlose Prozeßverzögerung. Für ein solches Verfahren bleibt nach der heutigen Auffassung von der Aufgabe des Prozeßrechtes, dem materiellen Rechte zum schnellen Siege zu verhelfen, kein Raum. Im vorl. Falle hat nun die Bekl. nicht nur bei ihrer Anhörung erklärt, daß sie Anträge nicht stellen wolle und die Beschuldigung des Kl. zugebe; ähnlich hat sie sich vielmehr auch schriftlich geäußert. Unter diesen Umständen bestand für das LG. kein Anlaß, den ersten Termin verfallen zu lassen und erst auf Neuladung des Kl. zu entscheiden.

(KG., 13. ZivSen., Urt. v. 14. Nov. 1938, 13 U 4324/38.)

Rechtsanwaltsgebührenordnung

33. KG. — §§ 13 Ziff. 3, 89 RAGebO.; § 614 a ZPO.

I. Ein Vergleich in Ehesachen ist auch unter dem neuen Eherecht nicht möglich, insbes. nicht als gerichtlicher Vergleich mit Rücknahme von Klage und Widerklage.

II. Wohl aber erwächst dem Anwalt für seine ursächliche Mitwirkung zur Aussöhnung eine Vergleichsgebühr in entsprechender Anwendung des § 13 Ziff. 3 über § 89 RAGebO.

In dem Scheidungsprozeß, in welchem der BeschwF. der Bekl. als Armenanwalt beigeordnet worden ist, ist mit Klage und Widerklage die Scheidung begehrt worden. Im Verhandlungstermin haben die Parteien persönlich in Gegenwart der beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten Erklärungen darüber abgegeben, daß sie die Ehe miteinander fortsetzen wollten, und haben erklärt, nunmehr die Klage und

Widerklage zurückzunehmen. Der UrkB. hat die Festsetzung einer Vergleichsgebühr für den Armenanwalt abgelehnt, LG. ist ihm beigetreten, da erst den Bemühungen des Vorsitzenden, wenn auch unter Unterstützung der Prozeßbevollmächtigten, es gelungen sei, die Parteien zur Aussöhnung zu veranlassen, die Mitwirkung der Prozeßbevollmächtigten dabei aber durch die Prozeßgebühr mit abgegolten sei.

Die hiergegen erhobene Beschwerde mußte Erfolg haben.

Der Senat hat bisher in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß ein Vergleich in Ehesachen begrifflich nicht denkbar sei, da eine materiellrechtliche Verfügungsbefugnis der Ehegatten und demnach auch eine vergleichsweise Verfügung über den Streitgegenstand nicht bestehe, der sogenannte „Vergleich" in Ehesachen vielmehr in Wahrheit nur die Zusammenfassung prozessualer Erklärungen bedeutet, welche dazu dienen, den durch tatsächliche Vorgänge (Aussöhnung) erledigten Streit verfahrensrechtlich zu beenden (Entsch. v. 28. Jan. 1931, aufrechterhalten durch Entsch. v. 11. Jan. 1936 bei Gaedeke, „KostRspr.", 1938, Nr. 253). Es ist nun mehrfach die Ansicht aufgetaucht und wird auch vom BeschwF. vertreten, daß mindestens seit dem Inkrafttreten des EheG. v. 6. Juli 1938 nebst Durchführungsbestimmungen die Rechtslage sich geändert habe und daß jetzt jedenfalls rechtliche Bedenken gegen einen Vergleich in Ehesachen nicht mehr zu erheben seien. Diesem Standpunkt vermag der Senat sich nach nochmaliger eingehender Prüfung der Rechtslage nicht anzuschließen.

§ 80 EheG. kann für die zu entscheidende Frage nicht herangezogen werden. Denn in dieser Bestimmung ist nur die Zulässigkeit eines Unterhaltsvergleichs für die Zeit nach der Scheidung der Ehe ausdrücklich anerkannt. Irgendein Anhaltspunkt dafür, daß damit — wenigstens mittelbar — durch das Gesetz auch ein Vergleich im Eheprozeß selbst, d. h. über den Scheidungsanspruch, als zulässig anerkannt werden solle oder doch als Folge dieser Gesetzesbestimmung sich ergebe, ist aus der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen.

Zu Unrecht beruft sich der BeschwF. auch auf die Entsch. des OLG. Celle v. 1. Nov. 1938 (MdRRAK. 1939, 18). Denn diese geht tatbestandlich von einem Vergleich über Rücknahme der Berufung und Widerklage und zugleich von Verzicht auf jegliche Unterhaltsansprüche aus und will „nach den Umständen des Falles annehmen", daß die Tätigkeit des Armenanwalts beim Abschluß des Vergleichs mit unter den ihm erteilten staatlichen Auftrag falle. Sie behandelt somit nicht den Vergleich in Ehesachen, sondern den Unterhaltsvergleich und die Frage, ob dieser im Eheprozeß vom beigeordneten Armenanwalt miterledigt werden könne.

Im Schrifttum ist nun aber die Ansicht aufgetaucht (Matthießen, DJ. 1939, 1913), daß die Regelung der Klagerücknahme durch die (erste) DurchfVO. zum EheG. v. 27. Juli 1938 in § 614a ZPO. bei richtiger Auslegung zugleich die Anerkennung der Zulässigkeit eines gerichtlichen Vergleichs in Ehesachen bedeute. Diese Auffassung entbehrt indes einer ausreichenden Grundlage. § 614a Abs. 1 ZPO. bestimmt: „Die Klage kann bis zur Rechtskraft des Urteils mit der Folge zurückgenommen werden, daß ein bereits ergangenes Urteil wirkungslos wird, ohne daß es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf." In Abs. 2 ist klargestellt, daß die Rücknahme (und die Einwilligung in diese) dem Gericht gegenüber zu erklären ist und insbes. auch im Verfahren nach § 118a ZPO. erfolgen kann. Die von Fechner (JW. 1938, 2113) hierzu gegebene Erläuterung besagt: § 614a ZPO. gehe davon aus, daß § 271 auch für die Zurücknahme der Klage in Ehesachen gelte. Er treffe aber ausdrückliche Bestimmungen nur insoweit, als sie zur Ausräumung von Zweifeln oder zur Hervorhebung von Abweichungen erforderlich seien. Die Abweichung von § 271 ZPO., die Rücknahme und Einwilligung seien dem Gericht gegenüber zu erklären, begründe sich damit, daß aus den Gerichtsakten einwandfrei hervorgehen müsse, ob eine Beendigung des Prozesses durch Rücknahme eingetreten sei.

Danach kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß § 614a weder unmittelbar noch auch nur mittelbar irgendwelche Direktiven über eine vergleichsweise Beendigung des Ehestreites hat geben wollen, sich vielmehr ganz bewußt darauf beschränkt hat, die für die Anwendung des § 271 ZPO. auf Ehesachen in Schrifttum und Rspr. mit Recht hervorgetretenen Bedenken zu beseitigen und die Zurücknahme der Klage in diesen Prozessen in ihrer formellen Handhabung wie rechtlichen Auswirkung im Sinne einer Vereinfachung und Erleichterung zu regeln. Dafür, daß man — wie Matthießen meint — „offenbar" diesen Weg wählte und davon ausging, die Praxis werde merken, daß darüber hinaus noch etwas ganz anderes, viel weitergehendes gemeint sei, daß nämlich auch die in einem Vergleich erklärte Rücknahme und somit bewußt mittelbar ein Versöhnungsvergleich in Ehesachen regelrecht anerkannt werden solle, fehlt gerade auch nach den Ausführungen von Fechner jedweder Anhaltspunkt. Denn wenn Fechner vorher von einem nach § 118a ZPO. zu richterlichem Protokoll genommenen Vergleich spricht, so handelt es sich dabei um die Darstellung der bisher in der Rspr. vertretenen Ansichten. Es ist also eine durch nichts belegte willkürliche Annahme, daß der Gesetzgeber bei Erlaß dieser Vorschriften „gerade die durch gerichtlichen Vergleich erklärte Klagerücknahme im Auge gehabt hat". Eine „sachgemäße Auslegung", wie sie Matthießen für seine Auffassung in Anspruch nimmt, führt also nach Auffassung des Senats nur dazu, § 614a ZPO. seinem Sinn und seiner Tragweite nach mit derjenigen Beschränkung zu betrachten, die sich aus dem Zweck der Regelung und dem klaren und eindeutigen Wortlaut ergibt, und welche insbes. auch die mit dieser Klarstellung beabsichtigte Wirkung erreicht: nämlich eine Ergänzung des § 271 ZPO., zugeschnitten auf die besonderen Bedürfnisse des Eheprozesses.

So bietet also auch § 614a ZPO. weder die rechtliche Handhabe noch Veranlassung, die bisherige Rechtsauffassung von der Zulässigkeit eines Vergleichs in Ehesachen als durch gesetzgeberischen Eingriff überholt umzustoßen und die rechtliche Möglichkeit eines — gerichtlichen — Vergleichs in Ehesachen und damit einer nichtstreitigen Beendigung des Eheprozesses auf andere Weise als durch einseitige prozessuale (Rücknahme-) Erklärungen der Parteien nunmehr anzuerkennen.

Auch die nochmalige Prüfung des Standpunktes des Senats an Hand der sonstigen Erwägungen von Matthießen konnten den Senat nicht zu anderer Überzeugung bringen. Richtig ist zwar, daß RGZ. 106, 312 von der Wirksamkeit eines regelrechten gerichtlichen Vergleichs in Ehesachen ausgegangen ist, indem es jedenfalls dessen Wirksamkeit nicht angezweifelt hat. Doch befaßt sich diese Entscheidung nur mit der Frage der Beseitigung eines Prozeßvergleichs in demselben oder einem neuen Prozeß und ist ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt ergangen, kann somit nicht als ausdrückliche Anerkennung solchen Vergleichs in Ehesachen durch RG. gewertet werden. So lehnt denn auch RG. v. 10. März 1938 (RGZ. 157, 141 = JW. 1938, 1123 = DJ. 1938, 995) unter ausdrücklicher Billigung der Rechtsauffassung von Gaedeke: JW. 1937, 1934, 2019, 2753 („Die Einigung, von der in § 118a ZPO. die Rede ist, kann in Ehescheidungssachen nach den zutreffenden Ausführungen von Gaedeke nur darin bestehen, daß die Ehegatten sich aussöhnen ... Eine solche Einigung vermag aber weder die Rechtshängigkeit noch die Wirkungen eines bereits ergangenen Scheidungsurteils zu beseitigen") einen Vergleich in Ehesachen ab.

Es bewendet insbes. auch dabei, daß in Ehesachen ein selbst auf die bloße Beseitigung des Prozeßrechtsverhältnisses sich beschränkender gerichtlicher Vergleich, der das Verfahren unmittelbar beendigt und der in sonstigen Rechtsstreitigkeiten unbeschadet des streitigen Ausspruchs möglich ist (vgl. Entsch. des Sen. v. 24. Jan. 1934 bei Gaedeke Nr. 242 A), aus Rechtsgründen abzulehnen ist. Die Beendigung kann vielmehr auch nach jetzt geltendem Recht ausschließlich durch — gegebenenfalls übereinstimmende — prozessuale Erklärungen der Parteien herbeigeführt werden. Mögen diese selbst in die äußere Form eines Vergleichs zu gerichtlichem Protokoll gekleidet werden, worauf gerade Matthießen glaubt entscheidendes Gewicht legen zu müssen, so ändert dies an der Sache selbst nichts: es sind in Wahrheit nur die einseitigen prozessualen Erklärungen, die den Rechtsstreit beenden, nicht ein — begrifflich nicht denkbarer — Vergleich.

Damit entfällt die Möglichkeit, durch Anerkennung eines Vergleichs in Ehesachen für den Anwalt die Vergleichsgebühr aus § 13 Ziff. 3 RAGebO. — außer soweit es sich um einen

Kostenvergleich handelt, der hier nicht zur Erörterung steht — zuzulassen.

II. Der Senat war nun vor die Frage gestellt, ob nicht gleichwohl die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf dem Wege über § 89 RAGebO. eine Vergleichsgebühr rechtfertigen kann. In den bisher zur Entscheidung gelangten Fällen bot die tatsächliche Gestaltung zu einer grundsätzlichen Stellungnahme in dieser Hinsicht keinen Anlaß (zu vgl. Entsch. v. 13. Febr.: JW. 1937, 834). Der Senat bejaht aber nunmehr trotz der Ablehnung dieses Weges durch Matthießen a. a. O. und auch gegen die Bedenken des OLG. München v. 12. Nov. 1936 (HöchstRRspr. 1937 Nr. 277) die Anwendbarkeit des § 89 RAGebO. i. Verb. m. § 13 Ziff. 3 RAGebO. aus folgenden rechtlichen Erwägungen:

Wie der Senat bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. v. 19. März 1938 (20 W 1013/38: JWBl. 1938, 366) ausgeführt hat, setzt die Anwendung des § 89 RAGebO. voraus, daß die Gebühr für ein dem Rechtsanwalt übertragenes Geschäft in der RAGebO. nicht bestimmt ist. Die Anwendung des § 89 ist demnach ausgeschlossen dann, wenn für die von der Gebührenordnung vorgesehene Gebühr eine Voraussetzung, d. h. ein Tatbestandsmerkmal, nicht erfüllt ist, oder wenn die Tätigkeit durch eine andere Gebühr mit abgegolten wird. Keine dieser den § 89 ausschließenden Voraussetzungen liegt aber in den Fällen der zur Entscheidung stehenden Art vor. § 89 ist, ausgehend von dem Grundprinzip der RAGebO., jede Tätigkeit des Anwalts zu honorieren, dazu bestimmt, etwaige Lücken der gesetzlichen Regelung auszufüllen und ergänzend dort einzugreifen, wo die aufgestellten Gebührentatbestände nicht ausreichen bzw. versagen (Kubisch: JW. 1937, 793). Solche Lücke besteht, wenn der Anwalt eine auf einen bestimmten Gebührentatbestand nicht passende, wohl aber der darin genannten Tätigkeit gleichgeartete Tätigkeit entwickelt, die jedoch aus Rechtsgründen die (oder eines der) Begriffsmerkmale des gesetzlichen Gebührentatbestandes nicht erfüllt. Das ist rechtlich etwas ganz anderes, als wenn eine tatsächliche Voraussetzung des vorgesehenen Tatbestandes fehlt, so also z. B. bei der Vergleichsgebühr die Mitwirkung zu einem geschlossenen Vergleich, oder wenn der Vergleich den Rechtsstreit nicht erledigt, so daß eine „Beilegung" nicht bejaht werden kann. In solchen Fällen könnte keine sinngemäße Anwendung die fehlenden Tatbestandsmerkmale ersetzen und eine Gebühr durch entsprechende Anwendung rechtfertigen (so schon Gaedeke: JW. 1937, 794). Denn dann würden die Mindesterfordernisse des Gesetzes gleichsam unterschritten. Es fehlt dann eben an einer ausreichenden, die Anwendung eines Gebührentatbestandes rechtfertigenden — sozusagen gebührenrechtlich in sich abgeschlossenen — Tätigkeit des Anwalts, mag sie tatsächlich zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes nicht ausreichen und deshalb unentlohnt bleiben oder mag sie durch anderweite Gebühren mitabgegolten werden. Das wäre ein Fall von Unzulänglichkeit der Tätigkeit des Anwalts, welche gebührenrechtlich nicht selbständig gewertet werden soll und kann. Anders dagegen dann, wenn eine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit aus begrifflichen (Rechts-) Gründen unter einen der Gebührentatbestände nicht zu subsumieren ist. Dann liegt ein Fall der Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung vor, der mit Hilfe der Generalklausel des § 89 RAGebO. gerade ausgeglichen werden soll.

Der Anwalt, der erfolgreich zur Aussöhnung der Parteien im — nichtvermögensrechtlichen — Eherechtsstreit mitwirkt, d. h. durch seine Bemühungen ursächlich zu der dann tatsächlich gelungenen Aussöhnung beiträgt, entwickelt aber — was keiner weiteren Darlegung bedarf — eine den erfolgreichen Bemühungen eines Anwalts um eine Einigung der Parteien in vermögensrechtlichen Streitigkeiten völlig gleichgeartete Tätigkeit. Mit Recht betont deshalb OLG. Oldenburg v. 10. März 1938: JW. 1938, 1198, daß, wollte man die durchaus begrüßenswerte Tätigkeit des Anwalts — erfolgreiches Bemühen um gütliche Einigung — von Entlohnung ausschließen, man dem Anwalt den Ansporn nähme, sich der oft schwierigen Aufgabe einer Aussöhnung der Parteien zu unterziehen.

Die Gleichartigkeit dieser Bemühungen mit der sonstigen Vergleichstätigkeit des Anwalts besteht darin, daß beide Male die Parteien an die Stelle ihrer bisherigen Uneinigkeit die Übereinstimmung, die Einigung, setzen, die beide Male sich dahin auswirkt, daß ein über das streitige Rechtsgut schwebender Prozeß ohne gerichtliche Entscheidung sich erledigt. Damit ist tatbestandlich eine „Mitwirkung zur Beilegung des Rechtsstreits" erfüllt. Weshalb trotzdem diese gleichartigen Bemühungen des Anwalts gebührenrechtlich verschieden gewertet werden sollen, dafür fehlt jede innere Berechtigung. Damit fehlt aber vor allem die innere Berechtigung dafür, einmal die Tätigkeit als selbständig zu behandeln und demgemäß mit einer Gebühr zu belegen, ein andermal dagegen ihr ihren — rechtspolitischen — Wert dadurch abzusprechen und sie ihrem Wesen nach als weniger wertvoll und selbständig zu stempeln, indem ihr nur die Bedeutung eines Teils des allgemeinen Geschäftsbetriebes zugestanden wird, wie er durch die den gesamten Geschäftsbetrieb umfassende Prozeßgebühr abgegolten wird. Das bedeutet nicht eine „Korrektur" der bereits vorliegenden gesetzlichen Regelung, um für einen nichtgebührenpflichtigen Teil der anwaltlichen Prozeßtätigkeit doch eine Gebühr zu begründen (so fälschlich Matthießen a. a. O.), sondern die Anwendung der gesetzlich gewiesenen Handhabe, nämlich der Ergänzungsvorschrift des § 89 RAGebO., um eine mit der besonderen gesetzlichen Regelung nicht faßbare, aber gebührenwürdige anwaltliche Prozeßtätigkeit überhaupt und angemessen zu honorieren.

Rechtliche Bedenken stehen mithin der Anwendung des § 13 Ziff. 3 RAGebO. über § 89 daselbst nicht entgegen. Dann ist aber die Anwendung des § 89 geboten. Denn sie ist nicht in das Belieben des Gerichts gestellt, sondern Pflicht des Gerichts, wie bei jeder sonstigen Gebühr, sofern andernfalls eine gebührenpflichtige Tätigkeit ohne Gebühr bleiben würde (so schon Gaedeke: JW. 1937, 795).

Daraus ergibt sich: der Anwalt, der zur Aussöhnung der Parteien im Eheprozeß mitwirkt, erhält dafür eine der in § 13 Ziff. 3 RAGebO. vorgesehenen entsprechende Gebühr (so auch OLG. Oldenburg, vgl. oben).

III. Tatsächliche Voraussetzung, um die entsprechende Anwendung der Gebührenvorschrift für einen „zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossenen Vergleich" zu rechtfertigen, ist jedoch, daß die Aussöhnung dann auch zu einem Ergebnis geführt hat, indem regelmäßig durch sie der Rechtsstreit ohne gerichtliche Entscheidung, sondern durch Rücknahme der Klage (Widerklage) oder des Rechtsmittels (Anschlußrechtsmittels) sein Ende gefunden hat (so auch Kubisch: JW. 1937, 794). Dies ist das eine der Tatbestandsmerkmale, welche vorhanden sein müssen.

Es muß aber ferner die Aussöhnung selbst auf die ursächliche Mitwirkung des Anwalts zurückzuführen sein. Hier betont der Senat in Übereinstimmung mit Gaedeke: JW. 1937, 795, und zugleich unter Hinweis auf seine oben schon genannte Entsch. v. 13. Febr. 1937: JW. 1937, 834, daß an die ursächliche Mitwirkung gerade bei der Aussöhnung ein besonders strenger Maßstab anzulegen und der Nachweis zu verlangen ist, daß gerade dem entscheidenden Einfluß der Bemühungen des Rechtsanwalts die Aussöhnung der Parteien zu verdanken ist. Denn die Aussöhnung — meist durch beiderseitige Verzeihung — als gefühlsmäßig bedingter Vorgang kommt erfahrungsgemäß leicht auch ohne Zutun von dritter Seite, insbes. von seiten des rechtsberatenden Anwalts, allein infolge Sinnesänderung der Ehegatten zustande, die äußerer Einwirkung nicht immer bedarf. Vielfach genügt dazu auch schon ein geringer Anstoß von außen her, der manchmal bereits in der bloßen Erkenntnis der Unannehmlichkeiten eines Scheidungsprozesses liegen kann. Der Anwalt, der auf diese hinweist und die Frage aufwirft, ob denn keine Aussöhnung möglich sei, entwickelt damit allein noch keine Tätigkeit, die ursächlich für eine dann tatsächlich erfolgende Aussöhnung ist. Diese allgemeine Erörterung über Aussöhnungsmöglichkeit und Aussöhnungszweckmäßigkeit ist vielmehr ohne Frage nichts anderes als Teil des allgemeinen Prozeßbetriebs, fällt also unter die Prozeßgebühr und ist auch zur Herbeiführung einer Aussöhnung noch gar nicht geeignet. Man wird vielmehr mit Kubisch a. a. O. eine entscheidende Mitwirkung, eine mindestens wesentlich mitwirkende Teilursache für die Aussöhnung nur dann anerkennen können, wenn nachweislich der Anwalt entweder die Bereitschaft der Partei zur Aussöhnung geweckt oder doch die an sich vorhandene Bereitschaft soweit gefördert hat, daß sie auch Wirklichkeit geworden ist.

Ob diese Tätigkeit vom Anwalt vor Gericht, ob in seinem Büro oder sonst bei irgendeiner Gelegenheit entwickelt wird, ist für die Beurteilung gleichgültig. Insbes. kann sie aus begrifflichen Gründen niemals, auch dadurch nicht zur Mitwirkung an einem gerichtlichen Vergleich werden, daß sie vor Gericht entwickelt und daß im Sitzungsprotokoll die Aussöhnung, sogar vielleicht in den Einzelheiten der von den Parteien besprochenen Regelung, vermerkt wird.

Damit ist bereits zum Ausdruck gebracht, daß die Tätigkeit des Anwalts nicht die alleinige Ursache zur Aussöhnung gewesen zu sein braucht, daß vielmehr auch noch von anderer Seite gleichfalls maßgeblich auf die Parteien eingewirkt worden sein kann, ohne daß damit die Ursächlichkeit der vom Anwalt entwickelten Bemühungen entfällt. So wird häufig z. B. gerade vom Gericht versucht werden, eine bisher nicht gelungene Aussöhnung zustande zu bringen. Führt solch Versuch zum Ziele, so wird regelmäßig eine qualitative Abwägung der Bemühungen des einen und des anderen Teils — Anwalts und Gerichts — dem Einfluß der Tätigkeit der Beteiligten nicht gerecht werden. Es muß vielmehr ausreichen, wenn feststeht, daß tatsächlich sowohl von dieser wie von jener Seite im Sinne einer Aussöhnung auf die Parteien in einem Maße eingewirkt worden ist, daß nach der Lebenserfahrung die Entschließung der Parteien dadurch wirklich beeinflußt worden ist, sofern nicht nach der gegebenen Sachlage bestimmte Anhaltspunkte dafür hervortreten, daß gerade die Bemühungen des Anwalts für die Entschließung der Parteien bedeutungslos geblieben sind. Eine solche unterschiedliche Beurteilung kann also zwar begründet sein, bedarf jedoch bei feststehenden Bemühungen des Anwalts eines eindeutigen Tatbestandes, der die Erfolglosigkeit gerade dieser Bemühungen dartut. Das kann angenommen werden, wenn nachweislich die Versuche der Anwälte gescheitert sind und nunmehr erst die dann einsetzende Einwirkung des Gerichts schließlich doch zu einem Erfolge führt (so der Fall der Entsch. v. 13. Febr. 1937: JW. 1937, 834). Wenn auch, wie dargelegt, nicht jede Erörterung des Anwalts mit seiner Partei über die Zweckmäßigkeit einer Aussöhnung bereits auf eine erfolgreiche Mitwirkung zu der dann stattgehabten Aussöhnung schließen läßt, so darf doch im allgemeinen davon ausgegangen werden, daß gerade die vor den Schranken des Gerichts sichtbar gewordenen Bemühungen des Anwalts, mit denen er die gleichen Bestrebungen des Gerichts selbst unterstützt, nicht weniger von Einfluß für die dann zustande gekommene Aussöhnung geblieben sind, als die Tätigkeit des Gerichts selbst, zumal erfahrungsgemäß die Parteien ihre Entschließung letzten Endes von dem Zu- oder Abraten ihres Rechtsberaters abhängig zu machen pflegen.

Die hieraus unter Umständen sich ergebende Schwierigkeit tatsächlicher Klarstellung kann gegen die Richtigkeit dieser Auffassung nicht ins Feld geführt werden. Denn diese Schwierigkeit kann bei jeder auch unmittelbaren Anwendung des § 13 Ziff. 3 RAGebO. auftauchen und tritt in der Tat häufig auf. Sie ist darin begründet, daß hier — entgegen dem Grundprinzip der RAGebO. — nicht die Tätigkeit als solche, sondern nur die erfolgreiche Tätigkeit des Anwalts entlohnt wird. Die Tätigkeit für sich allein, das Tätigwerden, ist leicht nachweisbar. Die Ursächlichkeit dieses Tätigwerdens zu einem bestimmten Erfolge dagegen ist häufig nur schwer festzustellen. Sie ist, als inneres Moment, meist von der Beurteilung nach äußeren Merkmalen abhängig (Gaedeke: JW. 1937, 795), einer graduellen Abstufung, einem Abwägen des entscheidenden Einflusses von dieser oder jener Seite her deshalb regelmäßig nicht zugängig.

Damit ist aber zugleich klargestellt, daß derjenige Anwalt, der nur noch an den prozessualen Auswirkungen der Aussöhnung mitwirkt, d. h. der nur die prozessuale Rücknahmeerklärung oder gegnerische Einwilligungserklärung abgibt oder gar nur die Anzeige der erfolgten Aussöhnung an das Gericht erstattet, damit an der Aussöhnung selbst nicht mehr beteiligt ist (so auch Gaedeke, „ArmAnwG." S. 180). Diese Tätigkeit für sich allein, ohne Mitwirkung zu der vorangegangenen Aussöhnung, ist keine vergleichsartige, der Mitwirkung zur Beilegung des Rechtsstreits gleich zu wertende Tätigkeit, mag auch der Anwalt in übereinstimmenden Erklärungen mit der Gegenpartei schriftsätzlich oder mündlich im Termin die Klage oder das Rechtsmittel zurücknehmen. Diese Erklärung bleibt in jedem Falle die prozessuale Abwicklung eines materiell erledigten, durch gerichtlichen Vergleich aus Rechtsgründen nicht zu erledigenden Rechtsstreits. Sie fällt wie jede sonstige Rücknahme lediglich in den allgemeinen Prozeßbetrieb, wird also durch die Prozeßgebühr abgegolten.

Kommt es dagegen zu einer Aussöhnung der Parteien unter entscheidender Mitwirkung des (der) Prozeßbevollmächtigten, dann ist es rechtlich unerheblich, ob nur eine oder ob beide Parteien Scheidungsgründe für sich in Anspruch genommen haben. Denn der Begriff der Aussöhnung trägt ohne weiteres das beiderseitige Entgegenkommen in sich (so auch OLG. Kassel v. 9. Mai 1936: M. d. RRAK. 1936, 157).

IV. Die Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zur Zubilligung einer „Vergleichsgebühr" gem. §§ 89, 13 Ziff. 3 RAGebO. Dies ergibt sich bereits aus den vom LG. in der angefochtenen Entscheidung getroffenen Feststellungen. Danach waren die Parteien trotz Aussetzung des Eheprozesses zum Zwecke der Sühneverhandlungen auch in dem dann anberaumten Verhandlungstermin zunächst nicht zur Aussöhnung bereit. Erst den Bemühungen des Vorsitzenden ist es, wie der Beschluß des LG. besagt, wenn auch unter Unterstützung der Prozeßbevollmächtigten, gelungen, die Parteien zur Aussöhnung zu bewegen. Damit steht mangels irgendwelcher gegenteiligen Anhaltspunkte fest, daß eine qualitative Minderbewertung der Mitwirkung der einen oder anderen Stelle — des Gerichts oder der Prozeßbevollmächtigten — in ursächlicher Beziehung auf den Entschluß der Parteien, sich auszusöhnen, sich nicht rechtfertigen läßt. Auch der angefochtene Beschluß begründet mit seinem Hinweis auf die vorher von der Bekl. erklärte Ablehnung einer Aussöhnung nicht die Annahme des LG., daß nur die Bemühungen des Vorsitzenden, nicht aber die Unterstützung desselben durch die Anwälte schließlich zur Aussöhnung und Beendigung des Eheprozesses entscheidend beigetragen haben.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 8. Febr. 1939, 20 W 490/39.)

*

34. KG. — § 13 Ziff. 3 RAGebO.; § 80 EheG. Vereinbarungen der Parteien zur Vereinfachung der Ehescheidung können, selbst als sog. Zwischenvergleiche, für die Prozeßbevollmächtigten keine Vergleichsgebühr im Eheprozeß begründen.

Der Anspruch des der Kl. in ihrem Ehescheidungsprozeß im ersten Rechtszuge als ArmAnw. beigeordneten BeschwF. gegenüber der Reichskasse auf Festsetzung der Vergleichsgebühr wird damit begründet, daß vor Verhandlung ein Vergleich zwischen den Parteien geschlossen worden sei mit dem Ziele, die beiderseitigen Vorwürfe zu vereinfachen und das Scheidungsverfahren sofort rechtskräftig durchzuführen. Tatsächlich haben nach dem Sitzungsprotokoll die Parteien zunächst persönliche Erklärungen abgegeben, in denen sie die ihnen vorgeworfenen Verfehlungen teilweise zugeben. Die Kl. hat sodann den Verzicht auf jeden Unterhaltsanspruch nach der Scheidung erklärt, der Bekl. diese Erklärung angenommen. Nunmehr ist verhandelt und aus beiderseitiger Schuld, jedoch überwiegender Schuld des Bekl., die Ehe geschieden worden. Dieses Urteil ist durch beiderseits erklärten Rechtsmittelverzicht sofort rechtskräftig geworden.

Dieser Sachverhalt rechtfertigt eine Vergleichsgebühr für die beteiligten Prozeßbevollmächtigten nicht, und zwar einmal schon deshalb nicht, weil kein Vergleich zustande gekommen ist. Der erklärte Unterhaltsverzicht und seine Annahme stellen zwar eine Unterhaltsvereinbarung i. S. des § 80 EheG. dar, aber keinen Vergleich. Die Vergleichsgebühr konnte aber weiterhin auch deshalb nicht erwachsen, weil der Eheprozeß nicht durch Vergleich beigelegt worden ist. Denn es ist Urteil auf Scheidung ergangen. Nach § 13 Ziff. 3 RAGebO. erwächst aber eine Vergleichsgebühr nur für einen „zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossenen Vergleich". Es muß also, wie der Senat in seiner Entsch. v. 16. April 1932 (bei Gaedeke, „KostRspr.", 1938 Nr. 238) ausgeführt hat, der Vergleich bezwecken, den Streit ohne richterliche Entsch. beizulegen. Davon kann nach den eigenen Darlegungen des BeschwF. keine Rede sein. Denn das Ziel der Vereinbarungen war gerade die Scheidung der Ehe, d. h. die erforderliche gerichtliche Entsch.

Selbst wenn diese im Sinne einer Erleichterung und Vereinfachung durch die Vereinbarung der Parteien vorbereitet werden sollte, würde auch allein unter dem begrifflichen Gesichtspunkt des Vergleichs sich dadurch an der Beurteilung nichts ändern. Denn selbst sog. „Zwischenvergleiche" stellen

grundsätzlich keine Vergleiche i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. dar (Entsch. v. 29. Juli 1936 bei Gaedeke Nr. 241).

Schon aus diesen Erwägungen heraus spielt für die Ablehnung der Vergleichsgebühr keine Rolle, daß es sich um Vereinbarungen nicht mit dem Ziele der Aufrechterhaltung, sondern gerade der Scheidung der Ehe gehandelt hat. Aus diesem Grunde liegen auch die Hinweise des BeschwF. auf Schrifttum und Rspr., soweit sie sich mit der Frage der Vergleichsgebühr, wenn auch nur auf dem Wege über § 89 RAGebO. — für eine erfolgreiche Tätigkeit zur Aussöhnung der Parteien — befassen, neben der Sache.

Schließlich vermag auch der ausweislich des Protokolls nach Urteilsverkündung und sogar nach eingetretener Rechtskraft des Urteils geschlossene Vergleich über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Parteien den Anspruch auf eine Vergleichsgebühr an die Reichskasse nicht zu begründen. Einmal waren die Funktionen des Anwalts als ArmAnw. mit der Beendigung der Instanz, erst recht mit Rechtskraft des Urteils, beendet. Sodann würde aber dieser Vergleich, selbst wenn er noch vor Abschluß der Instanz geschlossen wäre, nicht durch das allein für die Durchführung des Scheidungsanspruchs bewilligte Armenrecht gedeckt sein.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 25. Febr. 1939, 20 W 792/39.)

Reichsfinanzhof

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× 35. §§ 5, 12, 15, 19; 8 Abs. 2 EinkStG. In Abweichung von der früheren Rspr. nimmt der RFH. an, daß bei Kindern, die im gewerblichen Betrieb des Vaters fremde, vollbeschäftigte Arbeitskräfte ersetzen, die Gewährung freier Wohnung und Verpflegung bei den Kindern als Arbeitslohn und beim Vater als Betriebsausgabe anzusehen ist, soweit Barlohn und Wert der freien Station zusammen den Rahmen einer angemessenen Vergütung nicht überschreiten. †)

1. Bestritten ist, ob die beiden 1904 und 1909 geborenen Kinder des BeschwF., ein Sohn und eine ledige Tochter, als Angestellte im Betrieb des BeschwF. (Juweliergeschäft mit ordnungsmäßiger kaufmännischer Buchführung) beschäftigt und deshalb die an sie gezahlten Löhne für den BeschwF. Betriebsausgaben sind. Die Vorbehörden haben die Frage verneint.

Die RBeschw. des StPfl. ist begründet.

Der BeschwF. hat die an die Kinder gezahlten Löhne v. 1. Nov. 1934 ab unter die abzugsfähigen Betriebsausgaben aufgenommen, nachdem er sie bis dahin über Kapitalkonto ausgebucht hatte. Er hat kurz vor diesem Zeitpunkt mit beiden Kindern einen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen, nachdem sein eine Zeitlang, während der Krisenjahre, darniederliegendes Geschäft nach dem Umbruch einen neuen Aufschwung genommen hatte. Er hat in der Folge beiden Kindern den vereinbarten Monatslohn von schließlich je 70 *RM* neben freiem Unterhalt, insbes. Wohnung und Verpflegung — ausbezahlt, er hat ihnen auch Steuerkarten und später — anläßlich der allmählichen Durchführung des Ges. v. 23. Febr. 1935 (RGBl. I, 311) — Arbeitsbücher ausstellen lassen. Eine Versicherungspflicht der Kinder wurde von den zuständigen Stellen nicht angenommen. Der Sohn ist völlig ausgebildeter Juwelier, die Tochter soll als Verkäuferin ausgebildet sein. Andere, fremde Arbeitskräfte hat der BeschwF. nicht; seine Ehefrau hilft im Betrieb gelegentlich mit.

Unter diesen Umständen ist das FinGer. in Rechtsirrtum, wenn es meint, daß die Kinder im Betrieb des BeschwF. nur auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Familie dem Vater ohne Anspruch auf Arbeitslohn Dienste geleistet hätten, und daß ihr Gehalt nur ein der Unterhaltspflicht des BeschwF. entsprechendes Taschengeld sei.

Der RFH. hat in fester Rspr. (vgl. z. B. neuerdings die Urt. v. 15. Juni 1938, VI 282/38: StW. 1938 Nr. 410 [RStBl. 1938, 779] und v. 3. März 1937, VI 639/36 [RStBl. 1937, 924]) ausgesprochen, daß die Vergütungen, die bei einem Handelsgewerbe an im Betrieb mitarbeitende erwachsene Kinder gewährt werden, grundsätzlich keine Unterhaltsbeiträge, sondern entweder Arbeitslohn oder — bei Annahme einer Personengesellschaft — Gewinnbeteiligung aus Mitinhaberschaft sind, ersterenfalls soweit sie den Rahmen einer angemessenen Entlohnung ihrer Tätigkeit nicht nach oben überschreiten. Es würde dem Grundsatz: „Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert", der Erfahrung des Lebens und den kaufmännischen Gepflogenheiten widersprechen, wollte man annehmen, daß erwachsene, vollausgebildete Söhne oder für die Verkaufstätigkeit in einem Fachgeschäft geeignete Töchter ihre Arbeitskraft, die sie heutzutage ebensogut anderweit verwerten könnten, dem kaufmännischen Betrieb des Vaters ohne Entgelt zur Verfügung stellen würden und für ihren Lebensunterhalt auf freiwillige Zuschüsse des Vaters angewiesen wären. Hier handelt es sich grundsätzlich nicht, wie vielleicht noch beim kleinen Landwirt, in erster Linie um die Erhaltung der Substanz des Hofes für die Zukunft und damit um Vorwegempfänge auf künftige Erbschaft, sondern um selbsterarbeiteten Arbeitslohn. Der RFH. hat es daher abgelehnt, den Grundsatz des § 1617 BGB. — wonach das Kind, solange es von den Eltern unterhalten wird, verpflichtet sein soll, im Betrieb der Eltern (unentgeltlich) Dienste zu leisten — auf den steuerlichen Begriff der Betriebsausgabe bei Lohnzahlung an erwachsene, im Betrieb wie fremde Arbeitskräfte tätige Kinder zu übertragen, soweit es sich um andere als bäuerliche Verhältnisse handelt. Denn diese Bestimmung des BGB., die heute nicht mehr bestehende patriarchalische Verhältnisse voraussetzt, ist durch die Entwicklung der Verhältnisse im neuzeitlichen gewerblichen Wirtschaftsleben überholt und ihre Anwendung auf Fälle wie den vorliegenden würde dem wahren wirtschaftlichen Sachverhalt i. S. des § 1 Abs. 3 StAnpG. widersprechen. Vielmehr muß in Fällen, wie hier, bei angemessener Tätigkeit der Kinder im Geschäft und bei entsprechender Entlohnung (je nach den Umständen auch ohne besondere, ausdrückliche Vereinbarungen) ein Arbeitsvertrag unterstellt werden und damit die Lohnaufwendung als echte Betriebsausgabe betrachtet werden. Dies gilt hier um so mehr, als der Betrieb ab 1934 einen erheblichen Aufschwung genommen hat, also wohl die Einstellung eines Juweliergehilfen angemessen war, andererseits die früher vorhandene fremde Ladenangestellte 1933 gestorben und eine fremde Ersatzkraft nicht mehr eingestellt worden ist, also ein Ersatz angebracht gewesen sein wird, und als ferner nach der Einkommensteuererklärung 1936 der schon in vorgerücktem Alter befindliche BeschwF. 1936 lange Zeit krank war, trotzdem aber das Geschäft sich nach oben entwickelte. Bedeutungslos für den Begriff der Betriebsausgabe im vorstehenden Sinn ist es, daß vielleicht die Kinder aus Familiensinn, um das Geschäft nicht zu stark zu belasten, auf einen Teil der einem fremden Angestellten zu bezahlenden Vergütung verzichtet haben. Das haben in Krisenzeiten manche dem Betrieb treuen alten Gefolgsleute getan. Im übrigen müßte bei einem Vergleich mit fremden Arbeitern dem Barlohn der Wert der freien Station hinzugerechnet werden (§ 8 Abs. 2 EinkStG.); hiernach würde sich der Monatslohn im Wert von je 120—140 *RM* ergeben, was jedenfalls bei dem Sohn dem üblichen Lohn eines Gehilfen entsprechen würde. Unerheblich ist auch, daß einzelne ähnliche Betriebe am gleichen Ort anders verfahren sind; der Grundsatz der Gerechtigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung erfordert, daß die vom RFH. aufgestellten Regeln allgemein beachtet werden; das FinA. hat sie gegebenenfalls auch zugunsten des StPfl. anzuwenden. Gleichgültig ist, wie die Versicherungsbehörden, die von dem Gesichtspunkt der Gefahrenhöhe ausgehen, die Rechtsfrage für ihr Gebiet behandelt haben.

Die Vorentscheidung war hiernach wegen Rechtsirrtums aufzuheben und die nichtspruchreife Sache an das FinGer. zurückzuverweisen. Dieses wird zunächst in tatsächlicher Hinsicht zu ermitteln haben, was der Sohn und was — volle Beschäftigung wie bei einer fremden Verkäuferin vorausgesetzt — die Tochter höchstens zu beanspruchen haben. Was sie unter diesem Höchstsatz bekommen, ist Betriebsausgabe des BeschwF.

Dabei ist noch zu beachten: Der RFH. hat bisher (vgl. z. B. Urt. v. 6. Nov. 1936, VI A 689/36 [RStBl. 1937, 435 = StW. 1937 Nr. 38]; Urt. v. 2. Sept. 1931, VI A 1597/31 [RStBl. 1931, 945]) die Gewährung von Wohnung und Verpflegung an im Betrieb des Vaters als Arbeitnehmer beschäftigte Kinder als nicht zum Lohn gehörige Unterhaltsleistung angesehen. Daran kann der RFH. nicht festhalten; es widerspricht den oben dargelegten Grundsätzen und der Regel gleichmäßiger Behandlung gleichartiger Tatbestände (§ 1 Abs. 3 StAnpG.). Es wäre heutzutage nicht verständlich, wenn z. B. in einem Betrieb, in dem auch fremde Angestellte freie Station haben, diese bei den fremden Angestellten Arbeitslohn sein sollte, bei den im gleichen Betrieb mit gleichen Dienstaufgaben bei gleichem Barlohn beschäftigten Kindern aber nicht (z. B. in einem Gasthofbetrieb, einem kleinstädtischen gewerb-

lichen Betrieb, Schiffahrtsbetrieb, einer Schulanstalt mit Internat u. dgl.). Ebensowenig ist einzusehen, warum in Fällen, wo das Kind vom Vater das bei fremden Angestellten übliche Gehalt bekommt, dafür aber auswärts wohnen und sich selbst verpflegen muß, der Vater dann den ganzen Lohn abziehen, das Kind dafür den ganzen Lohn versteuern sollte, im Fall der Gewährung von Sachbezügen aber nicht, obwohl die Leistungen des Vaters und des Kindes in beiden Fällen gleichwertig sind. Der RFH. nimmt daher jetzt an, daß im Rahmen angemessener Entlohnung in solchen Fällen auch die Gewährung von freier Wohnung und Verpflegung an die Kinder im Betrieb als Lohn, damit als Betriebsausgabe anzuerkennen und nach § 8 Abs. 2 EinkStG. zu bewerten ist, und daß insoweit § 12 Ziff. 1 EinkStG. nicht zu Raum kommt. Unter angemessener Entlohnung ist dabei die Arbeitsvergütung zu verstehen, die bei gleicher Leistung und gleicher Beschäftigungsart und Beschäftigungszeit ein fremder Angestellter höchstens bekommen würde. In der Regel wird dies nur in Frage kommen, wenn das Kind einen voll beschäftigten gewerblichen Gehilfen ersetzt; es wird daher das FinG. vorliegendenfalls bei der Tochter zu prüfen haben, ob sie tatsächlich voll beschäftigt ist und nicht nur nebenher dem Betrieb Dienste leistet. Dabei mag einen Anhaltspunkt geben können, wie das Arbeitsverhältnis zur Lohnsteuer und zur Verpflichtung der Führung eines Arbeitsbuchs behandelt worden ist.

Die Folgerung aus dieser neuen Rechtsanschauung ist selbstverständlich, daß auch für die Lohnsteuer der Wert der freien Station in diesen Fällen als Arbeitslohn der Kinder bei diesen besteuert wird; das FinA. ist also vorliegendenfalls in der Lage, etwa zurückgebliebene Lohnsteuer jedenfalls insoweit nachzuholen, als die Sachleistungen bei dem BeschwF. als Betriebsausgaben behandelt werden.

(RFH., VI. Sen., Urt. v. 21. Dez. 1938, VI 803/38.)

Anmerkung: Es ist zu begrüßen, daß der RFH. sich endlich entschlossen hat, eine Rspr. aufzugeben, die mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr in Einklang stand und infolgedessen auch nicht mehr verstanden wurde. Wenn ein Gewerbetreibender seinen Sohn oder seine Tochter im Betriebe voll beschäftigt und ihnen das angemessene Gehalt dafür zahlt, so war schon bisher dieses Gehalt vom Gewinn abzugsfähig. Die Schwierigkeiten ergaben sich dann, wenn ein Teil dieses Gehalts in der Form von Wohnung und Verpflegung gewährt wurde. Zuzugeben ist, daß in derartigen Fällen gelegentlich der Gedanke der Unterhaltsgewährung den Vorrang vor dem Gedanken der Gehaltszahlung beansprucht. Dann wird es aber meist doch so liegen, daß das Bargehalt bereits die angemessene Entschädigung für die Tätigkeit des Kindes darstellt, und dann ist es aus diesem Grunde gerechtfertigt, den gewährten Unterhalt nicht zum Abzug von dem Einkommen des Vaters zuzulassen.

Liegt es anders, stellt also die Gewährung von Wohnung und Unterhalt bei richtiger Betrachtungsweise einen Teil des angemessenen Gehalts dar, so mußte die bisherige Rspr. geradezu zur Umgehung anreizen. Der Vater konnte in einem derartigen Falle das Gehalt in voller Höhe in bar verausgaben und sich dann einen gewissen Betrag als „Miete" oder „Pension" von seinem Sohn oder seiner Tochter wiedergeben lassen.

Gegen eine derartige Umgehung hätte wohl auch auf Grund des § 6 StAnpG. kaum etwas eingewendet werden können, denn es ist ja unerheblich, wie das Kind die ihm gezahlten angemessenen Gehaltsbeträge verwendet.

Um so erfreulicher ist es, daß nunmehr diese Umgehungsversuche nicht mehr notwendig sind und daß an die Stelle einer künstlichen Trennung nunmehr eine natürliche Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse getreten ist.

Selbstverständlich bleibt es dabei, daß die Gesamtbezüge des Sohnes oder der Tochter festgestellt und auf ihre Angemessenheit geprüft werden müssen. Nur insoweit, als dieser Gesamtbetrag eine angemessene Arbeitsvergütung darstellt, ist er abzugsfähig.

Weiter ist zu bemerken, daß das Urteil nicht ohne weiteres auf landwirtschaftliche Verhältnisse angewendet werden kann. Hier scheint der RFH. doch den Gedanken der Unterhaltsgewährung und der Hoferhaltung noch ziemlich stark in den Vordergrund zu stellen. Auch hier bleibt aber die weitere Entwicklung abzuwarten.

RA. u. Notar Dr. Delbrück, Stettin,
Fachanwalt für Steuerrecht.

*

× **36. § 17 der 1. GewStDurchfVO. Zum Anlagevermögen i. S. des § 17 der 1. GewStDurchfVO. gehören nicht solche Grundstücke, die in der Zwangsversteigerung zur Rettung einer Forderung erworben worden sind und innerhalb einer Frist von etwa drei Jahren, gerechnet von dem Erwerb, wieder verkauft werden.**

Die beschwerdeführende Aktiengesellschaft ist ein Kreditinstitut i. S. des RGes. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934 (RGBl. I, 1203), das geschäftsmäßig Geldbeträge annimmt und abgibt. Das FinA. hat bei der Festsetzung des einheitlichen Steuermeßbetrags den Betrag der Dauerschulden gem. § 17 der 1. GewStDurchfVO. nach dem Überschuß des Ansatzes der zum Anlagevermögen gehörigen Betriebsgrundstücke und dauernden Beteiligungen über das Eigenkapital ermittelt. Zum Anlagevermögen hat es die sämtlichen Grundstücke gerechnet. Der Berechnung der Dauerschulden hat es die Ansätze der Grundstücke und des Eigenkapitals zugrunde gelegt. Für das Gewerbekapital kam ein Steuermeßbetrag nicht in Frage. Die BeschwF. hat verlangt, daß zu den Betriebsgrundstücken nicht auch die in der Zwangsversteigerung zur Rettung von Forderungen erworbenen Grundstücke gerechnet werden. Die Einspruchsentscheidung hat an der Auffassung festgehalten, daß zum Anlagevermögen sämtliche Grundstücke gehören. Die Berufung wurde als unbegründet zurückgewiesen. Die RBeschw. ist begründet.

Das FinGer. ist davon ausgegangen, daß für den Begriff der Betriebsgrundstücke i. S. des § 17 der 1. GewStDurchfVO. die Vorschrift des § 57 Abs. 2 Satz 3 RBewG. v. 16. Okt. 1934 maßgebend sei, wonach der Grundbesitz inländischer Kapitalgesellschaften stets zu den Betriebsgrundstücken gehöre. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach § 17 der 1. GewStDurchfVO. gelten bei Kreditinstituten hereingenommene Gelder, Darlehen und Anleihen nur insoweit als Dauerschulden, als der Ansatz der zum Anlagevermögen gehörigen Betriebsgrundstücke und dauernden Beteiligungen das Eigenkapital überschreitet. Für die Berechnung der Dauerschulden nach § 17 der 1. GewStDurchfVO. kommt es daher entscheidend darauf an, ob und welche Betriebsgrundstücke zum Anlagevermögen gehören. Das Anlagevermögen umfaßt im Gegensatz zum Umlaufvermögen die bestimmungsgemäß dem Betrieb dauernd zu erhaltenden Bestandteile, wie eigene gewerbliche Grundstücke, Gebäude und bebaute Anlagen, Wasser- und Stromkräfte, Maschinen und Betriebsutensilien. Dauernd dem Betrieb sind aber nicht solche Grundstücke gewidmet, die zur Rettung einer Forderung in der Zwangsversteigerung erworben werden und sobald als möglich wieder verkauft werden sollen. Wenn ein Kreditinstitut ein Grundstück lediglich zur Rettung einer Forderung im Wege der Zwangsversteigerung erwirbt, so muß ihm zur Wiederabstoßung eine angemessene Zeit gelassen werden. Wird das Grundstück während dieser Zeit nicht zu betriebseigenen Zwecken verwendet, so ist anzunehmen, daß eine Absicht, es dem Anlagevermögen zuzuführen, nicht bestanden hat. Diese Frist wird etwa auf drei Jahre, beginnend mit dem Erwerb des Grundstücks, zu begrenzen sein. Eine längere Frist könnte nur dann zugestanden werden, wenn nachgewiesen wird, daß es trotz ernstlicher Bemühungen nicht gelungen ist, das Grundstück innerhalb dreier Jahre wieder zu verkaufen (vgl. auch die Veranlagungsrichtlinien v. 28. Febr. 1938 unter X, 1 Abs. 12, RStBl. 1938, 245).

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 14. Febr. 1939, I 268/38.)

Hauptschriftleiter: Professor Dr. Reinhard Höhn, Stellvertreter: Rechtsanwalt Erich Schmidt, beide Berlin. — Für die Anzeigen verantwortlich: Hans Neumann-Hofer, Berlin. Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf: 21 3718. Verlag: Deutscher Rechtsverlag GmbH., Berlin W 35, Hildebrandstr. 8. Fernruf: 22 4054. Postscheckkonten des Verlages: für Bezugsgebühren Leipzig Nr. 74242, für Anzeigenbeträge Berlin Nr. 45176. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 1 vom 1. April 1939. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Auflage dieses Heftes 22000. Bezugspreis: monatlich 2,50 RM, Vorzugspreis für junge Rechtswahrer monatlich 2,— RM; Einzelheft 1,— RM.

Soeben erschien:

Die Bereinigung alter Schulden

Gesetz vom 17. 8. 1938. **Kommentar von Landgerichtsrat Wessel,** Vorsitzender beim Landesarbeitsgericht in Königsberg. 220 Seiten. Taschengesetzsammlung. Preis 5.60 RM.

Bewährte Ausgaben für die Praxis

Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Von **Rechtsanwalt F. Kersten, Notar.** 2. neubearbeitete Auflage mit Ergänzungsbogen nach dem Stande vom Dezember 1938. 755 Seiten. Ganzleinen 26.— RM.

Das Buch enthält fast 600 Muster und Formulare.

Die Praxis der Streitigen Gerichtsbarkeit mit Formularen

Von **Rechtsanwalt F. Kersten, Notar.** 2. Auflage. 475 Seiten. Ganzleinen 18— RM.

Der Streitwert der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

Ein Handbuch für die Praxis von **Dr. jur. Alexander Hillach, Rechtsanwalt.** 280 Seiten. Ganzleinen 14.— RM.

Urkundensteuergesetz vom 5. Mai 1936 mit den Durchführungsbestimmungen vom 6. Mai 1936

Erläuterungsbuch von **Ernst Paul Boruttau, Ministerialrat** im Reichsfinanzministerium. 3., vermehrte Auflage. 470 Seiten. Taschengesetzsammlung. Ganzleinen 11.— RM.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich

erläutert durch die Rechtsprechung und das neuere Schrifttum nebst dem Einführungsgesetz, dem neuen Eherecht und dem neuen Testamentsgesetz. Von **Dr. Otto Warneyer,** Reichsgerichtsrat a. D., Leipzig 7, in Verbindung mit Amtsgerichtsrat **Dr. Bohnenberg,** Leipzig, bearbeitete Auflage. (28.—30. Tausend.) Ganzleinen 39.— RM. In Halbleder 42.— RM.

Zivilprozeßordnung

erläutert durch die Rechtsprechung von **Dr. Otto Warneyer,** Reichsgerichtsrat a. D., Leipzig. 7. Auflage. Taschengesetzsammlung. 886 Seiten. Mit einem Nachtrag nach dem Stande vom 1. 3. 1939. Ganzleinen 12.— RM.

Die Entjudung des deutschen Grundbesitzes

Die Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens vom 3. Dezember 1938 nebst Durchführungsverordnung vom 16. Januar 1939 und den ministeriellen Durchführungsbestimmungen vom 6. Februar 1939. Erläutert von **Dr. Albert Scholl,** Regierungsrat. 80 Seiten. Taschengesetzsammlung. Preis br. 2.60 RM.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung

Carl Heymanns Verlag · Berlin W 8

Berufshaftpflicht-Versicherung gegen Vermögensschäden
ALLIANZ UND STUTTGARTER VEREIN
VERSICHERUNGS-AKTIEN-GESELLSCHAFT
Vertrags-Gesellschaft des Nat.-Soz. Rechtswahrerbundes

D. R. K.

Deutsche Rechts-Kartei

Die Entscheidungs-Sammlung in Karteiform

Herausgeber

Dr. W. Vogels
Ministerialrat
im Reichsjustizministerium

Dr. Josef Bühler
Oberstaatsanwalt
Leiter des Ministeramts Dr. Frank

Die D.R.K. vermittelt einfach und schnell eine **Gesamtübersicht über die wichtigsten gerichtlichen Entscheidungen** unter Voranstellung der grundlegenden Leitgedanken und knapper, klarer Wiedergabe der Entscheidungsgründe. Die Kartei bietet eine ständige Unterrichtung über den neuesten Stand der Rechtsprechung.

Die bisher erschienenen Lieferungen, Stand 15. 3. 1939
(1476 Karten mit 4014 Entscheidungen)
einschl. Karteikasten 38.85 RM.
Fortlaufende Lieferung (24 Karten und Ergänzungslieferung)
monatlich RM. 2.40

Einzelheiten über Mitarbeiterstab, Gliederung, Anordnung usw. ersehen Sie aus dem ausführlichen Prospekt, der diesem Heft beiliegt

Deutscher Rechtsverlag · Berlin